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 III

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 III

© 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 III: 978-612-333-114-6

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

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Rosa Alarcón Romero
Corrección: Carlos de la Vega Romero
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

(CONTINUACIÓN)

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VI
CONSOLIDACIÓN

(ARTÍCULOS 1300 AL 1301)

Consideraciones generales. Consolidación total o parcial

1. Fuentes nacionales del artículo 1300
2. Análisis

Supuesto de cese de la consolidación. Efectos

1. Fuentes nacionales del artículo 1301
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VI
CONSOLIDACIÓN

CONSIDERACIONES GENERALES. CONSOLIDACIÓN TOTAL O PARCIAL

Artículo 1300.- La consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1300

Este tema fue regulado por el artículo 33 del Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836: «Se extingue la obligación, cuando el carácter de acreedor y deudor se reúnen en una sola persona». Asimismo, el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 abordaba la materia en los artículos 896: «Cuando en una misma persona se reúnen las calidades de acreedor y deudor, se hace una confusión de derechos que extingue ambos créditos»; y 897: «La confusión que se hace a favor del deudor principal aprovecha a sus fiadores; mas la que se hace a favor de uno de éstos no extingue la obligación principal. La que se hace a favor de uno de los obligados *in solidum*, no aprovecha a los demás, sino en la parte de aquel que era deudor». El Código Civil de 1852 trataba el tema en los artículos 2249: «También termina la obligación, cuando se reúnen en una misma persona las cualidades de deudor y acreedor»; 2250: «Si se consolida la cualidad de acreedor en uno de varios deudores mancomunados, no quedan libres los demás sino en la parte que habría correspondido a su codeudor»; y 2251: «La consolidación en la persona del deudor principal, extingue la obligación de los fiadores; la que se verifica en uno de éstos, no extingue la obligación del deudor principal. Ni de los demás fiadores».

La materia era tratada por el Proyecto de Código Civil de 1890, en sus artículos 2975: «La consolidación o confusión se verifica, cuando se reúnen en una persona las calidades de acreedor y deudor por una misma obligación»; 2976: «La confusión puede tener efecto en toda la deuda, o en sólo una parte de ella.— Cuando el acreedor no es heredero único del deudor, o éste de aquél, o cuando un tercero no es heredero único del acreedor y del deudor, sólo hay confusión en parte de la deuda, proporcional a la respectiva cuota heredada»; 2978: «Si se consolida la calidad de acreedor de un codeudor solidario, no quedan libres los demás, sino en la parte que habría correspondido a dicho codeudor.— Si se consolida la calidad de

ESTUDIO DE PIO CASTILLO FREYRE

deudor en un acreedor solidario, los demás conservan su derecho para exigir de aquél la parte que les corresponde en la deuda»; 2979: «No puede haber consolidación entre los créditos o deudas del heredero que acepta herencia con beneficio de inventario, y las deudas o créditos hereditarios»; y 2980: «Si se reúnen en una persona las calidades de acreedor y fiador por una misma obligación, subsiste la responsabilidad del deudor».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 regía el tema en sus artículos 283: «Termina la obligación, cuando se reúnen en una misma persona las cualidades de deudor y acreedor»; 284: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la deuda, o sólo de parte de ella»; 285: «La consolidación operada en la persona del acreedor o el deudor solidario sólo extingue la obligación hasta la concurrencia de su respectiva parte en el crédito o la deuda, subsistiendo en cuanto a lo demás la solidaridad»; y 286: «La consolidación en la persona del deudor principal extingue la obligación de los fiadores; la que se verifica en uno de éstos, no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás fiadores»; mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en diversas normas, los artículos 271: «Termina la obligación, cuando se reúnen en una misma persona las cualidades de deudor y acreedor»; 272: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la deuda, o sólo de parte de ella»; 273: «La consolidación operada en la persona del acreedor o del deudor solidario sólo extingue la obligación hasta la concurrencia de su respectiva parte en el crédito o en la deuda, subsistiendo en cuanto a lo demás la solidaridad»; y 274: «La consolidación en la persona del deudor principal extingue la obligación de los fiadores; la que se verifica en uno de éstos, no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás fiadores».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, a su turno, legislaba la materia en su artículo 1294: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la obligación, o sólo de parte de ella»; y el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1305: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la obligación, o sólo de parte de ella».

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 167: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la obligación o sólo de parte de ella»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo contemplaba en el artículo 155: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la obligación o de parte de ella».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 regía la materia en su artículo 1318: «La consolidación puede verificarse respecto de toda la obligación o de parte de ella»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1267: «La consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Análisis

2.1. Concepto

La consolidación —también conocida como confusión— es otra de las formas de extinción de las obligaciones, tal vez la más compleja por su naturaleza jurídica y por sus propios términos conceptuales. En efecto, resulta imposible imaginar que en una persona concurran las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de una misma obligación. Como se sabe, la relación obligacional tiene por lo menos un sujeto activo (el acreedor) y un sujeto pasivo distinto del acreedor (el deudor). Pero, de suceder aquel evento ¿qué ocurre en ese caso? ¿Realmente se trata de una causa de extinción de la obligación? ¿Se produce tal extinción, por concentrarse en una sola persona la relación obligatoria, o simplemente se suspende o «paraliza» debido a constituir un absurdo tautológico?

El Código Civil de 1984 no ha definido a la consolidación, ya que inicia el texto del artículo pertinente (el 1300) consignando que ella puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ésta.

Empezaremos delineando la consolidación a partir del concepto que de esta figura han venido dando diversos autores, cada uno de los cuales aporta matices de distinto alcance (por ejemplo, en el Derecho francés, como veremos, se hace hincapié en la diferencia conceptual entre la consolidación y la compensación, con motivo de una deficiencia en la redacción de su norma positiva). Iremos comentando y explicando cada posición y, finalmente, tendremos no sólo un perfil de esta figura, sino un concepto que abarque los puntos más saltantes aportados por la doctrina, así como una crítica que facilite la comprensión y eficiencia en su aplicación práctica.

Ello nos obliga, ineludiblemente, a citar autores de distinguida alcurnia civil, para que el lector se familiarice con un debate que se prolonga hasta nuestros días.

Cabanellas[2416] define a la confusión de derechos como la: «Situación jurídica planteada por la reunión simultánea en una persona de las cualidades del acreedor y deudor en el mismo negocio jurídico. Tal es la posición del que hereda de alguien contra el cual poseía un crédito en dinero y el del adquirente de un establecimiento mercantil, proveedor del mismo y que tenía cuentas por cobrar».

Eugéne Petit, analizando la figura en el Derecho romano[2417], considera a la confusión (así se denomina a la consolidación en otros sistemas jurídicos, empezando por el Derecho romano) como una de las «causas que extinguen la obligación *ipso jure*», debido a que como en toda obligación se requiere necesariamente de un acreedor y de un deudor (nadie puede deberse a sí mismo), si un acontecimiento

2416 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 289.
2417 Petit, Eugéne. *Op. cit.*, p. 500.

reúne en una sola persona las cualidades de acreedor y de deudor, entonces hay confusión y la obligación se extingue. Sin embargo, este mismo autor acepta que la figura es de por sí algo confusa, ya que atribuye dicha extinción más bien a la imposibilidad de ejecución de la obligación, que a una verdadera causa de extinción. Así, la obligación queda más bien paralizada que extinguida, pues si las cualidades de acreedor y deudor que estaban reunidas se separaran de nuevo, la obligación recobra toda su fuerza.

Por ello, para los romanos el efecto de la confusión era, más que extinguir propiamente la obligación, liberar al deudor[2418]. Es una distinción, como expresan Planiol y Ripert[2419], muy sutil, aunque real.

En forma más tajante, Ángel Gustavo Cornejo[2420] consideraba que la confusión no era, propiamente hablando, un modo de extinguir las obligaciones. «Se funda en la imposibilidad de que las calidades de deudor y de acreedor se presenten unidas en una misma persona. A diferencia del pago, de la compensación y de la novación, no suprime el crédito, sino que hace nacer únicamente un obstáculo de hecho al ejercicio de la acción. Bajo este punto de vista puede decirse que la obligación se paraliza, pero sólo en este respecto, pues continúa produciendo todos los efectos que no impliquen ejercicio de la acción, o como decía Demolombe: *confusio potius eximit personam ab actione*, rectificando el adagio romano contenido en las L. 71.72, pr. Dig. 46.1.». Sería, empleando un lenguaje común y corriente, como pasarse dinero del bolsillo izquierdo del pantalón al derecho.

Sin embargo, este mismo profesor explica que la ley considera a la consolidación como una de las formas de extinguir la relación obligatoria, debido a que es jurídicamente imposible que una misma persona sea, de modo simultáneo, acreedor y deudor en una misma relación, pues en tal supuesto existiría un obstáculo material al ejercicio del derecho. Es obvio que el acreedor no puede dirigir contra sí mismo la acción encaminada a obtener el cumplimiento de la prestación.

Compartimos este criterio, ya que, si una persona fuese a la vez acreedora y deudora de una obligación, sería absurdo que cumpliera con ejecutarla (pues tendría que pagarse a sí misma) y también resultaría inverosímil que ella misma se exigiera el cumplimiento de la obligación (ya que —aunque parezca reiterativo— tendría que exigírselo a ella misma). Sería algo así como enviarse una carta notarial requiriéndose el pago a uno mismo, o demandarse judicialmente a sí mismo.

Podríamos llegar, inclusive, al extremo más caricaturesco, imaginándonos a alguien embargándose a sí mismo, en el afán de cobrar su crédito. Todo ello sería propio de un esquizofrénico o, literariamente hablando, de una novela de Kafka.

2418 *Digesto*, Libro LXVI, título 1, fr. 71.

2419 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo IV, pp. 375 y 376.

2420 CORNEJO, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 446.

Para Jorge Eugenio Castañeda[2421], la consolidación es otro de los modos de extinguir las obligaciones, conocida en el Derecho Comparado como confusión[2422].

Ello se produce cuando en la misma persona se reúnen las calidades de acreedor y de deudor; se puede deducir, entonces, que es un modo de extinción que se da cuando en el acreedor desaparece el interés que tenía en el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, si bien se trata de un modo de extinción *ipso iure* de las obligaciones, su causa u origen se encuentra en la imposibilidad de ejecutar dicha deuda. Cuando los patrimonios del acreedor y del deudor se reúnen en una misma persona, la obligación no puede sobrevivir.

Es obvio, según este catedrático, que, si en la misma persona concurren las calidades de acreedor y de deudor, existe imposibilidad en la ejecución de la obligación. Así, si Juan debe mil a José y después José resulta heredero único de Juan, existirá una imposibilidad material —absoluta— de cumplir la obligación, porque nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo. No hay acción contra el propio patrimonio.

Citando a De Ruggiero, Castañeda señala que la confusión opera porque existe imposibilidad conceptual y jurídica de que una obligación subsista si no hay dos personas diversas ligadas por un vínculo.

Recuerda Castañeda que Baudry-Lacantinerie y Barde definen la confusión como la neutralización de un derecho por la reunión en una misma persona de dos calidades incompatibles, lo cual se aplica tanto a los derechos reales como a los personales (por ejemplo, en el caso de las servidumbres reales, cuando el propietario de los fundos dominante y sirviente es el mismo titular). Advierte Castañeda que en nuestro Derecho no se extingue la servidumbre por esta causa desde que con arreglo al Código Civil el propietario de dos predios puede gravar con servidumbres a uno en beneficio del otro; en cambio, sí habrá consolidación cuando las calidades de nudo propietario y de usufructuario se reúnen en la misma persona o la de dueño con la de usuario o habitador.

Por ello, el profesor Castañeda expresa que, en suma, la confusión importa un *impedimentum praestandi*, puesto que ella no extingue la deuda, sino su ejercicio.

En muchos Códigos, así como en nuestro anterior Código Civil (de 1936), se hacía el distingo entre confusión y consolidación. Si se trataba de derechos reales (*ius in re*), se denominaba consolidación; y si eran obligaciones o derechos personales (*ius in personam*), el término era confusión.

El Código Civil de 1984 ha homogeneizado la expresión (ya que en su esencia se trata de la misma figura, independientemente de si se encuentra en el Libro

2421 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 335-338.

2422 Luis Moisset de Espanés señala que en su país, Argentina, la confusión es también un modo extintivo de obligaciones, pero que dicha palabra tiene diversas aplicaciones a lo largo del Código Civil (Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 140).

de Derechos Reales o en el de Obligaciones), eliminando la denominación «confusión», y circunscribiendo la figura al término «consolidación». Así aparece en las normas correspondientes a los derechos reales[2423].

Para Pothier[2424], se llama confusión el concurso de dos cualidades en un mismo sujeto que se destruyen mutuamente[2425].

Pothier consideraba de evidencia que las dos calidades de acreedor o de deudor se destruyen mutuamente al concurrir en una misma persona, pues no se puede ser acreedor y deudor a la vez, ya que uno no puede ser acreedor y deudor de sí mismo. De esto último resulta indirectamente la extinción de la deuda cuando no hay otro deudor, pues como no puede haber deuda sin deudor y la confusión

2423 Artículo 1021.- El usufructo se extingue por:
[…]
3.- Consolidación […].
Artículo 1026.- Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.
Artículo 1090.- La prenda se acaba por:
[…]
6. Consolidación. (Hoy, derogado)
Artículo 1096.- Son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este título.
Artículo 1122.- La hipoteca se acaba por:
[…]
5.- Consolidación.

Asimismo, en cuanto al derecho real de servidumbre, el Código actual mantiene la solución del Código Civil de 1936, ya que el artículo 1048 establece que el propietario de dos predios puede gravar con servidumbre uno de ellos en beneficio del otro. Esta solución es distinta a la adoptada por la mayoría de códigos, para los que el efecto resultante de la reunión en una misma persona de las cualidades de propietario de los predios dominante y sirviente es la extinción de la servidumbre. En los derechos reales no resulta poco frecuente la consolidación, puesto que el bien podrá subsistir (más aún si es inmueble) indefinidamente, y los atributos de la propiedad con sus respectivas cargas podrán separarse y volverse a reunir cuantas veces lo deseen sus titulares. En la esfera obligacional, en cambio, la consolidación es un fenómeno poco usual.

2424 Pothier, Robert Joseph. *Op. cit.*, segunda parte, pp. 294 y 295.

2425 Esta confusión ocurre cuando el acreedor pasa a ser heredero de su deudor, *aut viceversa*, cuando el deudor pasa a ser heredero de su acreedor; sucediéndose el heredero en todos los derechos, tanto activos como pasivos, cuando el acreedor resulta ser heredero de su deudor, y, por eso, deudor de la deuda de la que es por su parte acreedor; y viceversa, cuando el deudor, que es heredero de su acreedor, en su calidad de heredero, pasa a ser acreedor de la misma deuda, resultando concurrir en una misma persona, opera la confusión.
A decir del maestro de Orléans, lo mismo sucede cuando el acreedor hereda al deudor, cualquiera que sea el título con que se vean sujetas sus deudas, como por donación universal, o cuando el deudor hereda, cualquiera que sea su título, el crédito del acreedor; en todos esos casos, las cualidades del acreedor y del deudor de la misma deuda resultan concurrir en una sola persona y sucede lo mismo cuando una misma persona es heredera del acreedor y del deudor, o sucede a uno y otro mediante cualquier título universal. Esto, claro, no ocurre en la aceptación de una herencia con beneficio.
Es necesario precisar que, al igual que en el Derecho francés comentado por Pothier, en nuestro Derecho también constituye una excepción a la regla citada la aceptación de una herencia con beneficio de excusión, debido a que uno de sus efectos es precisamente que el heredero beneficiado y la sucesión se consideren como dos personas diferentes y autónomas y que, por lo tanto, sus respectivos derechos no se confundan.

LIBRO DE MARIO CASTILLO FREYRE

extingue solamente en la persona que era deudora la cualidad de deudor —y no quedando, en consecuencia, deudor—, no puede existir deuda alguna: *Non protest esse obligatio sine persona obligata.*

Según Josserand[2426], hay confusión cuando las dos cualidades contradictorias de acreedor y de deudor se reúnen en la misma persona. Como dichas cualidades se excluyen, como uno no podría ser acreedor de sí mismo, la relación obligatoria se encuentra comprimida y neutralizada, por lo menos en su realización, ya que no en su propia existencia.

Se comprende entonces, en palabras de Josserand, que la obligación no se extingue sino porque hay en adelante imposibilidad de ejecución y solamente en la medida en que esta eventualidad (la reunión, en la misma persona, de las dos cualidades complementarias y antitéticas de acreedor y de deudor) opone materialmente obstáculos al ejercicio de la acción del acreedor, que no puede proceder contra sí mismo. En efecto, éste no puede accionar contra sí mismo y esto es todo: la obligación, a decir verdad, no se ha extinguido, sino que únicamente se encuentra afectada en sus atributos, en su dinamismo. La confusión de hecho determina la confusión de derecho y, con ésta, la parálisis de la relación de derecho, pues, en pura lógica, debería tratarse de la confusión a propósito de la imposibilidad de ejecución.

Josserand no deja pasar la oportunidad para criticar irónicamente al legislador francés, cuando alude a «una confusión de derecho», que, según el artículo 1300, extingue «los dos créditos». Dice Josserand que aquí el legislador ha visto doble, porque no había más que un solo crédito, existente entre dos personas, el acreedor y el deudor; en esto difiere la confusión de la compensación, que, de naturaleza más compleja, pone en contra dos obligaciones.

Hay autores franceses, por ello, que al definir la consolidación (a la que llaman confusión), cuestionan y critican la fórmula adoptada por el Código Civil de su país, la que se distingue de la compensación, llevando a error a juristas y a magistrados, tal como luego veremos.

Marcadé[2427] considera como causa de la extinción de la obligación la confusión de dos calidades en una misma persona, las que son incompatibles entre sí y cuya oposición hace imposible la obligación. Estas dos calidades, cuya oposición extingue la obligación, son ordinariamente las del acreedor y del deudor. Sin embargo, comenta, ello no ha sido claramente establecido por el artículo 1300 del Código Napoleón, el que, al igual que los señores Duranton y Zachariae, erróneamente define a la confusión como la extinción de la obligación por la oposición de las calidades de deudor y de acreedor, definición que Marcadé considera demasiado estrecha[2428].

2426 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 728 y 729.

2427 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 676 y 677.

2428 El artículo 1300 del Código Civil francés, antes citado, establece que: «Cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnan en la misma persona, se realiza una confusión de derechos que extinguen los dos créditos».

Esta pretendida definición de la confusión es realmente inexacta, correspondiendo, más bien, a la compensación. La confusión no extingue dos créditos, sino uno solo: un crédito y una deuda, como consecuencia de la reunión de las calidades de acreedor y de deudor de una sola y misma obligación. Aunque pueda parecer sarcástico, este artículo del Código francés sobre la confusión, confunde.

Marcadé relata que algunas veces esta idea errónea del artículo ha sido reproducida por la jurisprudencia, sobre todo por una sentencia de la Corte de Casación[2429].

Estima Marcadé que el citado artículo 1300 debía decir entonces, y sin duda quiso decir: «Cuando los conceptos de acreedor y deudor se reúnan en la misma persona, se realiza una confusión que extingue (en una sola y misma obligación) los dos derechos, activo y pasivo», y considera que, modificada de este modo, la proposición del artículo sería exacta (pues es indiscutible que cuando las calidades de acreedor y deudor llegan a concurrir, hay extinción de la obligación por confusión).

Laurent[2430], concordando con Pothier, define a la confusión como el concurso en un mismo tema de dos calidades que se destruyen. Debe haber un concurso de las calidades de acreedor y deudor de una misma obligación en una misma persona.

Vemos, pues, cómo, a efectos de otorgar un concepto lógico y eficiente a esta figura, es necesario recalcar que tan importante como reunir en una sola persona las calidades de acreedor y deudor, lo es también establecer que ambas calidades deben estar referidas a una misma obligación. De lo contrario, estaríamos hablando de una compensación.

Volviendo al pensamiento de Laurent, recordaremos que señala que tal situación (el concurso de las calidades de acreedor y deudor de una misma obligación en una misma persona) se produce cuando el acreedor se convierte en heredero de su deudor; así, en calidad de heredero de su deudor, es deudor de la deuda de la que también es acreedor. Por lo tanto, se debería enjuiciar él mismo, lo que es imposible; esta imposibilidad de demandar el pago de la deuda conlleva a la extinción, por confusión, de las dos calidades de acreedor y de deudor. Lo mismo ocurre a la inversa, es decir, cuando el deudor llega a ser heredero del acreedor; él sucede al crédito del difunto, pero al ser también deudor personal de este crédito, no puede demandar su pago. De aquí la confusión de dos calidades que se

2429 Se trataba de una venta que se había anulado y el vendedor, deudor de la porción de precio que había recibido, al ser recíprocamente acreedor del valor de los objetos vendidos que el comprador había destruido, recurrió en casación contra la sentencia (de Roven) que rechazó compensar las dos deudas. Considerando que, porque el vendedor era deudor del precio y acreedor del valor de los efectos concluidos, se producía confusión en su persona hasta la totalidad, la Corte anuló la sentencia de Roven, por violación del referido artículo 1300. Es claro, según Marcadé, que éste no era un caso de confusión, sino de compensación facultativa, y que no se debió anular la sentencia de Roven.

2430 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVIII, pp. 498-500.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

destruyen una a la otra y, por consiguiente, la extinción de la deuda por ser imposible obtener su pago.

Citando a Pothier, sobre el punto que ya mencionamos anteriormente —referido a la pobreza conceptual del artículo correspondiente del Código francés—, Laurent recalca que en el caso de confusión se trata de una misma deuda, por la cual una misma persona es a la vez acreedora y deudora. Por el contrario, el Código Civil francés establece en el artículo 1300 antes transcrito: «Cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnan en la misma persona, se realiza una confusión de derechos que extingue los dos créditos»[2431].

Al igual que Marcadé, Laurent también relata episodios sobre la influencia de la mala redacción de la ley. Cuenta que ésta hizo que se equivocara uno de los buenos autores franceses, Toullier. Este último afirmó que la confusión es el concurso o la reunión en un mismo sujeto de dos derechos que se destruyen mutuamente. Su error, como es claro, reside en que si hubiera dos derechos habría dos créditos y dos deudas; sabemos, por el contrario, que hay sólo un derecho considerado activa y pasivamente. En toda obligación hay un deudor y un acreedor, lo que no da como resultado dos derechos; hay un solo derecho que pertenece al acreedor contra el deudor. Cuando este derecho corresponde a la persona deudora, hay confusión. Es así de simple.

Dupichot[2432], como en general todos los autores franceses, también menciona el problema del texto napoleónico, partiendo por explicar que la compensación se asemeja a la confusión, en la hipótesis en la cual «se reúnen las cualidades de deudor y acreedor en la misma persona» (como cuando un hijo recibe de su padre un préstamo de dinero y este último muere). El Código Civil francés (artículo 1300) ha incurrido en un error en mérito a tal semejanza, al establecer que la confusión extingue de pleno derecho «los dos créditos». Esta fórmula, para Dupichot, es doblemente criticable, porque, de una parte, no hay sino un solo crédito para extinguir y, de otro lado, no se trata de una verdadera extinción, sino de una imposibilidad material de ejecución que paraliza la obligación. Esta conserva una inexistencia virtual, particularmente frente a terceros a quienes les es oponible.

El mencionado error en el texto legislativo galo también es tratado por Planiol y Ripert[2433], quienes lo resumen en forma sucinta y clara: «Confusión es la

2431 Para Laurent, el error de la ley es palpable. Cuando soy deudor de mil francos y luego soy sucesor del acreedor —dice—, no hay dos créditos, hay sólo uno, el del difunto con respecto a mí, al igual que sólo hay una deuda, aquella por la que me comprometí con el difunto. El Código francés consideró la deuda correlativa al crédito para un segundo crédito; se trata de una negligencia de redacción que proviene probablemente del análisis del legislador respecto de la compensación. La compensación, como se sabe, extingue dos deudas, mientras que la confusión sólo puede extinguir una de ellas, puesto que sólo hay una.

2432 Dupichot, Jacques. *Op. cit.*, p. 121.

2433 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo iv, p. 375.

reunión en la misma persona de las dos cualidades de acreedor y de deudor (artículo 1300). Siendo estas dos cualidades incompatibles, porque no se puede ser acreedor de sí mismo, se reputa extinguida la deuda. El artículo 1300 comete el error de decir que la confusión extingue "los dos créditos", lo cual es cierto en la compensación; pero, en caso de confusión, sólo hay un crédito por extinguir».

Huc[2434], por su parte, enfoca el tema desde la perspectiva de que la persona del deudor que paga naturalmente debe ser distinta de la persona del acreedor que recibe; por lo tanto, tal como lo establece el artículo 1300 del Código Napoleón, cuando los conceptos de acreedor y deudor se reúnan en la misma persona, se realiza una confusión de derechos que extingue los dos créditos, o, para decirlo con más exactitud, el crédito, por un lado, y la deuda, por el otro.

Para que se produzca esta confusión, según Huc, es totalmente necesario que el acreedor suceda al deudor, o que el deudor suceda al acreedor en virtud de un título universal, es decir, como heredero *ab intestato* o como donatario o legatario universal o a título universal. Por ello, las normas de la confusión se aplican principalmente en caso de que las calidades de acreedor y de deudor de una misma obligación se unan en una sola persona y no en el caso en que dos personas llegan a ser recíprocamente acreedores y deudores, uno con otro, de dos obligaciones distintas. En este último supuesto, por tanto, estaríamos ante una compensación.

Según Messineo[2435], la confusión se da cuando el deudor viene a ser —en todo o en parte— acreedor, o el acreedor viene a ser —en todo o en parte— deudor, siendo éste un instituto que reproduce, en materia de extinción de la obligación, aquel mismo fenómeno que es la consolidación en diversas figuras de derechos reales limitados (por ejemplo, la reunión en la misma persona de la calidad de usufructuario y de usuario, de titular del derecho de habitación y de nudo propietario o de enfiteuta y de concedente). A decir de Messineo, de la misma manera que en este caso se extingue el usufructo, el uso, la habitación o la enfiteusis, así, en el caso de la confusión (reunión de la calidad de acreedor y de deudor en la misma persona), se tiene, *ope legis*, extinción de la obligación y también liberación de los terceros que hayan prestado garantía por el deudor.

Precisa Messineo que la ley concibe técnicamente el fenómeno de la confusión como reunión de dos cualidades (de acreedor y de deudor) en la misma persona; reunión que significa que la persona, mientras antes era deudor de otra, o acreedor de otra, se sustituye a esta última en la cualidad opuesta. Así, en el primer caso, se convierte en acreedora de sí misma y, en el segundo, se convierte en deudora de sí misma. De este modo se realiza el fenómeno de la confusión.

Entonces, ocurrido esto, considera el citado tratadista que la extinción de la obligación tiene lugar porque es lógicamente incompatible la coexistencia en el

2434 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 222 y 223.
2435 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 391 y 392.

mismo sujeto de dos cualidades que presuponen oposición y complementariedad de situaciones, o sea, el hecho (sobrevenido) de la reducción de los dos sujetos originarios a uno solo: nadie puede hacer valer un derecho contra sí mismo, como (en sentido contrario) no se puede ser deudor de sí mismo.

La *ratio* de la confusión —dice Messineo— puede contemplarse, también, en la inutilidad de la supervivencia de las dos cualidades jurídicas, complementarias y antitéticas, en el mismo sujeto.

Agrega dicho profesor que una explicación del fenómeno de la confusión de deuda y crédito se ha señalado en el principio según el cual, desaparecido el sujeto del crédito o el sujeto de la deuda, la relación de crédito viene a radicarse sobre el patrimonio. De aquí se seguirá que el acreedor, al suceder al deudor, o viceversa, adquiera respectivamente el débito o el crédito. Y la relación obligatoria, no pudiendo radicarse en una sola persona, se disuelve en su estructura formal (de ahí el efecto extintivo, que deriva de la confusión de la relación obligatoria). Entonces, la fuerza potencial que ella encierra viene a descargarse sobre los patrimonios, modificándolos, de acuerdo con la finalidad originaria de la relación.

En síntesis, al faltar uno de los sujetos de la relación obligatoria, la relación misma ya no puede subsistir; el crédito, entonces, revierte sobre el patrimonio que representa la garantía de éste, de manera que, por ejemplo, el patrimonio del heredero o el patrimonio hereditario viene aumentado en el valor correspondiente al crédito; aumento que tiene lugar, no a título hereditario, sino —precisamente— a título de satisfacción del crédito.

Recuerda Messineo que el fenómeno de la confusión ha sido presentado también como resultante de un doble aspecto; uno es el del fenómeno liberatorio (tal como es concebido por la ley); el otro estaría constituido como realización de la finalidad (esto es, el interés del acreedor) respecto de la cual la obligación constituía el medio de actuación.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[2436], si se reúnen el crédito y la deuda en una misma persona, se extingue la relación obligatoria, porque nadie puede ser deudor de sí mismo. Esto rige, lo mismo que en el Derecho común, en el Código Civil alemán, aunque por ser evidente no haya sido señalado de modo específico. Se habla entonces de «unión» o «confusión». El caso principal es aquel en el cual el deudor herede al acreedor o viceversa, pero también puede resultar de una sucesión singular, por ejemplo, de la cesión del crédito al deudor. Sobre este punto nos detendremos más adelante.

Barbero[2437] intenta definir la figura de modo negativo, es decir, por exclusión, ubicando cualidades que no le corresponden. Así, según el referido profesor, la «confusión» tiene una naturaleza particular, que no se encuadra propiamente ni

2436 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 376.
2437 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, pp. 330 y 331.

reunión en la misma persona de las dos cualidades de acreedor y de deudor (artículo 1300). Siendo estas dos cualidades incompatibles, porque no se puede ser acreedor de sí mismo, se reputa extinguida la deuda. El artículo 1300 comete el error de decir que la confusión extingue "los dos créditos", lo cual es cierto en la compensación; pero, en caso de confusión, sólo hay un crédito por extinguir».

Huc[2434], por su parte, enfoca el tema desde la perspectiva de que la persona del deudor que paga naturalmente debe ser distinta de la persona del acreedor que recibe; por lo tanto, tal como lo establece el artículo 1300 del Código Napoleón, cuando los conceptos de acreedor y deudor se reúnan en la misma persona, se realiza una confusión de derechos que extingue los dos créditos, o, para decirlo con más exactitud, el crédito, por un lado, y la deuda, por el otro.

Para que se produzca esta confusión, según Huc, es totalmente necesario que el acreedor suceda al deudor, o que el deudor suceda al acreedor en virtud de un título universal, es decir, como heredero *ab intestato* o como donatario o legatario universal o a título universal. Por ello, las normas de la confusión se aplican principalmente en caso de que las calidades de acreedor y de deudor de una misma obligación se unan en una sola persona y no en el caso en que dos personas llegan a ser recíprocamente acreedores y deudores, uno con otro, de dos obligaciones distintas. En este último supuesto, por tanto, estaríamos ante una compensación.

Según Messineo[2435], la confusión se da cuando el deudor viene a ser —en todo o en parte— acreedor, o el acreedor viene a ser —en todo o en parte— deudor, siendo éste un instituto que reproduce, en materia de extinción de la obligación, aquel mismo fenómeno que es la consolidación en diversas figuras de derechos reales limitados (por ejemplo, la reunión en la misma persona de la calidad de usufructuario y de usuario, de titular del derecho de habitación y de nudo propietario o de enfiteuta y de concedente). A decir de Messineo, de la misma manera que en este caso se extingue el usufructo, el uso, la habitación o la enfiteusis, así, en el caso de la confusión (reunión de la calidad de acreedor y de deudor en la misma persona), se tiene, *ope legis*, extinción de la obligación y también liberación de los terceros que hayan prestado garantía por el deudor.

Precisa Messineo que la ley concibe técnicamente el fenómeno de la confusión como reunión de dos cualidades (de acreedor y de deudor) en la misma persona; reunión que significa que la persona, mientras antes era deudor de otra, o acreedor de otra, se sustituye a esta última en la cualidad opuesta. Así, en el primer caso, se convierte en acreedora de sí misma y, en el segundo, se convierte en deudora de sí misma. De este modo se realiza el fenómeno de la confusión.

Entonces, ocurrido esto, considera el citado tratadista que la extinción de la obligación tiene lugar porque es lógicamente incompatible la coexistencia en el

2434 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 222 y 223.

2435 Messineo, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 391 y 392.

mismo sujeto de dos cualidades que presuponen oposición y complementariedad de situaciones, o sea, el hecho (sobrevenido) de la reducción de los dos sujetos originarios a uno solo: nadie puede hacer valer un derecho contra sí mismo, como (en sentido contrario) no se puede ser deudor de sí mismo.

La *ratio* de la confusión —dice Messineo— puede contemplarse, también, en la inutilidad de la supervivencia de las dos cualidades jurídicas, complementarias y antitéticas, en el mismo sujeto.

Agrega dicho profesor que una explicación del fenómeno de la confusión de deuda y crédito se ha señalado en el principio según el cual, desaparecido el sujeto del crédito o el sujeto de la deuda, la relación de crédito viene a radicarse sobre el patrimonio. De aquí se seguirá que el acreedor, al suceder al deudor, o viceversa, adquiera respectivamente el débito o el crédito. Y la relación obligatoria, no pudiendo radicarse en una sola persona, se disuelve en su estructura formal (de ahí el efecto extintivo, que deriva de la confusión de la relación obligatoria). Entonces, la fuerza potencial que ella encierra viene a descargarse sobre los patrimonios, modificándolos, de acuerdo con la finalidad originaria de la relación.

En síntesis, al faltar uno de los sujetos de la relación obligatoria, la relación misma ya no puede subsistir; el crédito, entonces, revierte sobre el patrimonio que representa la garantía de éste, de manera que, por ejemplo, el patrimonio del heredero o el patrimonio hereditario viene aumentado en el valor correspondiente al crédito; aumento que tiene lugar, no a título hereditario, sino —precisamente— a título de satisfacción del crédito.

Recuerda Messineo que el fenómeno de la confusión ha sido presentado también como resultante de un doble aspecto; uno es el del fenómeno liberatorio (tal como es concebido por la ley); el otro estaría constituido como realización de la finalidad (esto es, el interés del acreedor) respecto de la cual la obligación constituía el medio de actuación.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[2436], si se reúnen el crédito y la deuda en una misma persona, se extingue la relación obligatoria, porque nadie puede ser deudor de sí mismo. Esto rige, lo mismo que en el Derecho común, en el Código Civil alemán, aunque por ser evidente no haya sido señalado de modo específico. Se habla entonces de «unión» o «confusión». El caso principal es aquel en el cual el deudor herede al acreedor o viceversa, pero también puede resultar de una sucesión singular, por ejemplo, de la cesión del crédito al deudor. Sobre este punto nos detendremos más adelante.

Barbero[2437] intenta definir la figura de modo negativo, es decir, por exclusión, ubicando cualidades que no le corresponden. Así, según el referido profesor, la «confusión» tiene una naturaleza particular, que no se encuadra propiamente ni

2436 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp, y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 376.
2437 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, pp. 330 y 331.

entre los modos satisfactorios, ni entre los no satisfactorios. No es un modo satisfactorio[2438], porque no se puede decir que el acreedor consiga la ventaja de la prestación cuando sucede en el débito de la parte obligada (a la cual, entre paréntesis, podría también dejarle una herencia pasiva). No puede decirse que haya satisfacción cuando es el deudor quien sucede en el crédito, puesto que precisamente entonces desaparece el deber de ejecutar la prestación. Por otra parte, no es un modo no satisfactorio, puesto que de satisfacción del crédito no es ya el caso de hablar.

En otras palabras, según Barbero, mientras los modos satisfactorios comportan extinguir la obligación, como consecuencia —precisamente— de la satisfacción, y los modos no satisfactorios la comportan como consecuencia, el uno (perecimiento del objeto, etcétera) de la imposibilidad de cumplir, y el otro (remisión de la deuda) de la renuncia del acreedor a la satisfacción a él debida —hechos, todos ellos, extraños a la estructura de la relación—, la «confusión», en cambio, comporta extinguir la obligación, precisamente, por un hecho inherente a la estructura (puesto que la relación es bilateral, no resulta ya concebible con un solo término), e independientemente de las consideraciones de satisfacción o no del interés en ella implicado.

2.2. Sobre la confusión de derecho

En nuestra opinión, la confusión se presenta cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de deudor y acreedor, para la misma deuda. Es una consecuencia necesaria del principio lógico de alteridad que conduce al axioma analítico y *a priori* de que ninguno puede ser acreedor ni deudor de sí mismo.

La confusión opera como efecto de una transmisión de derechos patrimoniales al disolver la alteridad de sujetos o de masas patrimoniales. De aquí que pueda ser total o parcial.

Por lo general la confusión extingue por completo la obligación principal, pero es posible que la extinción sea parcial cuando la confusión se produzca solamente sobre parte de la obligación. Tal es el caso en una obligación solidaria en donde uno de los deudores paga la deuda, subrogándose los derechos del acreedor, donde, por consiguiente, se conviene en el nuevo acreedor, confundiéndose una parte de la obligación.

Como enseña Longo, los efectos que produce la confusión dependen de la imposibilidad de permanencia de la relación obligatoria.[2439] Ésta presupone la

2438 Para muchos autores, sin embargo, éste es un medio satisfactorio de extinción de las obligaciones, por cuanto si bien no logra la satisfacción absoluta que se obtiene sólo con el cumplimiento de la obligación (es decir, con el pago), al reunirse en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor, la no exigibilidad del crédito por un lado tiene como contrapartida la liberación del deudor (o ausencia de responsabilidad por la deuda).

2439 Longo, Giannetto. *Diritto delle Obbligazioni*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1950, p. 269.

existencia de dos situaciones subjetivas contrarias: la situación activa y pasiva del acreedor y deudor respectivamente. Si ambas situaciones se unen en un mismo sujeto, la relación se extingue por imposibilidad, pues no se concibe una relación personal o unisubjetiva.

A nuestro juicio, es obvio que en toda vinculación obligacional existe un interés económico por parte de los sujetos interesados en la misma, que se ve satisfecho una vez que el deudor ha ejecutado realmente la prestación.

Lo que sucede es que, al confundirse el deudor y el acreedor, ese interés de ambos desaparece por razones evidentes —tras verificarse la confusión, el objeto de la prestación pasa a formar parte del patrimonio del acreedor— a la vez que se produce la imposibilidad material y jurídica de que una misma persona se convierta en deudora de sí misma.

Lafaille[2440] advierte, respecto de la denominada «confusión», que esta forma extintiva es simplemente un aspecto de una figura mucho más vasta, que incluye otras categorías del Derecho, en particular los derechos reales, donde se la conoce más corrientemente bajo el nombre de «consolidación».

Según Lafaille, el texto del artículo 862 del Código Civil argentino, al declarar: «La confusión sucede cuando se reúne en una misma persona, sea por sucesión universal o por cualquier otra causa, la calidad de acreedor y deudor; o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios», es más bien un concepto descriptivo que permite caracterizar dicha categoría. Pero debe advertirse desde un comienzo que el efecto de tal categoría es más el de «paralizar» la actividad de los derechos creditorios en juego, que el de producir realmente su extinción.

Por su parte, Llambías[2441] señala que existen distintas acepciones de «confusión». Así, en un sentido general, la palabra confusión significa «falta de orden, de concierto o de claridad»; asimismo, como acción y efecto del verbo confundir, equivale a «mezclar dos o más cosas, de modo que las partes de las unas se incorporen con las de otras»; y cuando ello ocurre, se presenta una «imprecisión e indeterminación de un hecho o de una cosa, que no aparecen deslindados respecto de otros».

Agrega Llambías que en el lenguaje del Derecho se emplea la palabra confusión en ese sentido amplio y en un sentido específico. En sentido amplio se le relaciona con condominio por confusión de límites y de acción de deslinde para ponerle fin (lo que conocemos como «cuota parte ideal»). Se trata, pues, de una confusión de cosas mezcladas, sin posibilidad de separación ni modificación de substancia, ya que de existir esto último, sería una especificación. Podría también,

2440 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 450-452.

2441 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 258 y 259.

por ejemplo, presentarse en un caso de confusión de marcas de fábrica o de comercio, si no hay suficientes diferencias entre ellas.

Precisa este mismo profesor que en su acepción específica la confusión denota reunión en una misma persona de las calidades contrapuestas de sujeto activo y pasivo de una relación obligacional. Por extensión, también se habla de confusión cuando se consolida, en la misma persona, el dominio de una cosa y un derecho real que se había desmembrado de dicho dominio: cuando el nudo propietario sucede al usufructuario, o viceversa, o si un tercero adquiere el usufructo y la nuda propiedad de una misma cosa; cuando el dueño de una cosa sucede al titular de un derecho de uso o de habitación sobre la misma cosa, o viceversa; o si una misma persona resulta ser dueño de un inmueble y titular de la servidumbre real o personal que pesaba sobre dicho inmueble (aquí Llambías opina que pareciera preferible hablar de consolidación y no de confusión, cuando se trata de derechos reales, pues así se puede reservar esta última expresión para la materia de las obligaciones).

Respecto a las palabras «confusión» y «consolidación», empleadas en forma diversa y tal vez hasta arbitraria por diferentes legislaciones, es opinión nuestra que ambos términos, a pesar de sus distintas aplicaciones, llegan a tener un mismo significado, por lo que resulta idóneo uniformizarlas en un Código Civil. Por ello, consideramos que la palabra «confusión», debido a sus connotaciones peyorativas en la lengua española (algo que es confuso, así como el individuo confundido, o lo que lleva a confundir, etcétera, se entiende como algo erróneo, equivocado, incorrecto, difuso), no debe emplearse dentro de un texto legislativo y menos aún como figura o institución jurídica.

En cambio, el término «consolidación» tiene connotaciones más técnicas y menos «confusas», es decir, describe en forma más precisa una situación jurídica particular que tiene la suficiente relevancia como para otorgarle una categoría jurídica especial. Así, consolidar, término habitualmente empleado en forma exclusiva para el caso de los derechos reales, por ejemplo, cuando se reúnen en una misma persona las cualidades de propietario y usufructuario del mismo bien —derechos separados—, quiere decir que se consolidan, se unen, se juntan, se reúnen en una persona (quien antes tenía una de las dos «caras de la moneda» en su dominio) la totalidad de los atributos respecto de algo (en caso de los derechos reales, sobre un bien, y en caso de las obligaciones, sobre un crédito o una deuda). La persona que antes tenía la nuda propiedad y que ahora también ostenta el usufructo, no mantiene ambos atributos, sino que ellos se unen, porque sería absurdo que quedaran separados. Quien es propietario no se va a «cobrar» a sí mismo por el usufructo de su propio bien. De igual forma, una persona que reúne en sí misma tanto la parte acreedora como la deudora de una misma obligación (las dos caras de la moneda), está consolidando en sí la obligación en su totalidad, no dejando nada afuera. Es algo así como eliminar por absorción a un opositor, considerando opositor a quien antes detentaba la «otra cara».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Consolidación, por último, es un término que carece por completo de connotación negativa o peyorativa, siendo, por el contrario, una palabra que refleja una suerte de fuerza, de firmeza, de consistencia.

Ahora bien, en los dos supuestos, es decir, tanto en la consolidación en los derechos reales como en la relación obligacional, la extinción se presenta en forma casi ficticia, más por razones de orden operativo o práctico que por una real extinción de la obligación o de la ausencia de dualidad de derechos reales. En ambos casos, en efecto, puede «revivir» la situación original, pues tanto el mismo crédito como los atributos de la propiedad podrían volver a separarse. Ello constituye una fundamental diferencia entre este modo de extinción de obligaciones respecto de los demás, los cuales, al operar, sí extinguen en forma definitiva la obligación. En estos casos la obligación jamás puede «renacer» o «revivir»; lo que sí podría suceder es que las partes acordaran crear una nueva obligación, que necesariamente sería distinta de la ya extinguida. Todo eso, desde luego, dejando a salvo el caso patológico de nulidad en la extinción de una obligación.

Borda[2442] ilustra el tema con un ejemplo («A debe a su tío B una suma de dinero; fallece B, quien instituye a A su único y universal heredero; en tal caso, dice el artículo 862, la deuda se extingue con todos sus accesorios»), pero poniendo sobre el tapete el punto de si éste constituye «realmente un medio de extinción de las acciones o si se trata nada más que de una situación de hecho que paraliza la posibilidad de ejercer las acciones». Borda llega a la conclusión de que se trata de esto último, debido al hecho de que, si la confusión cesara por un acontecimiento posterior que volviese a separar la calidad de acreedor y deudor, entonces la obligación primitiva reviviría con todos sus accesorios.

Para Cazeaux y Trigo Represas[2443], la extinción de la obligación se produce en el caso de la confusión como consecuencia de un obstáculo material que impide a quien resulta ser a la vez acreedor y deudor de la misma obligación, el ejercicio del derecho y —correlativamente— el cumplimiento espontáneo de la deuda. Se trataría, pues, en suma, de una imposibilidad de obrar, derivada de la circunstancia de que una persona no puede cobrarse o pagarse a sí; cesa entonces el nexo obligacional que presupone la existencia de dos individuos diferentes, acreedor y deudor, y que, por lo tanto, no se concibe con relación a un único sujeto. De ahí que el derecho creditorio queda, podría decirse, en un estado «larvado» o «latente», pero con aptitud para reasumir su verdadera esencia y eficacia tan pronto como se modifiquen o desaparezcan las circunstancias fácticas —reunión en una sola persona de las dos calidades de acreedor y deudor— que motivaran la imposibilidad de obrar.

Levenhagen[2444] recuerda, respecto al concepto de la confusión, que el Código Civil brasileño de 1916 disponía en su artículo 1049 que se extingue la obligación,

2442 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, pp. 391 y 392.

2443 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 362 y 363.

2444 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, pp. 180 y 181.

desde que en una misma persona se confunden las cualidades de acreedor y deudor, debiendo observarse, según Levenhagen, un detalle que caracteriza a la confusión como medio de extinción de las obligaciones: la extinción de la obligación no opera por acción de confusión sobre la deuda, sino más bien sobre el sujeto activo y pasivo. La extinción de la obligación ocurre, por lo tanto, de modo diferente a las otras formas extintivas, por cuanto —y esto es muy importante— no es la deuda que deja de existir; la acción del acreedor no puede ser ejercida por la imposibilidad que tiene de ejecutarla.

Valencia Zea[2445], señala que nadie puede ser acreedor o deudor de sí mismo y que por ello la confusión tiene su fuente principal en el hecho de llegar una persona a ser heredera de otra.

Cubides[2446], expresa que la confusión es un modo de extinguir las obligaciones que se presenta por el solo ministerio de la ley, cuando en una sola persona concurren las calidades de acreedor y deudor de la misma obligación.

Esto quiere decir que la confusión opera de pleno derecho, en virtud de la sola disposición legal, lo que significa que no se necesita acto ni declaración de voluntad para su ocurrencia. Basta que en una misma persona se reúnan las calidades contrapuestas de acreedor y deudor de una misma deuda para que el vínculo se extinga *ipso iure*. Cubides concluye en que esto es consecuencia de la imposibilidad tanto filosófica como jurídica de ser deudor de sí mismo, ya que «es la esencia de la obligación la existencia de las dos calidades».

Alfredo Colmo[2447] enseña que el efecto de la confusión está indicado en el inciso final del artículo 862 del Código Civil argentino y es que se extingue la deuda con todos sus accesorios. Es el efecto propio de cualquier medio extintivo.

Pero recuerda, sin embargo, que hay autores que sostienen que ello no es así. Estos autores, según Colmo, se fundan en la circunstancia de hecho de que nadie es deudor ni acreedor de sí mismo, en cuya virtud es inconcebible que alguien pueda pagarse. No obstante subsistir el crédito y la consiguiente deuda, no hay acción posible, por donde, aunque no haya extinción de derecho, hay exención de acción.

Para Colmo es fácil advertir que hay en ello un simple juego de palabras y que el sentido jurídico se halla bien ausente en tales expresiones. Si no hay acción, es porque no hay derecho; si hay derecho, debe haber acción, como que ésta no es otra cosa que el mismo derecho. Colmo sustenta su parecer en expresiones de connotados profesores, como Savigny, Manresa y Reus, Zachariae, Aubry y Rau, Garsonnet, Chironi y Abello, Gianturco, Zachariae-Croame, Windscheid y Crome,

2445 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 458 y 459.
2446 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 408.
2447 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 584-586.

pero advierte la necesidad de consultar los pareceres de Chiovenda, Wuovi Saggi, Mortara y Capitant.

Según Colmo, la circunstancia de que en la confusión no haya un pago ni nada equivalente (como en la compensación, en la novación o en la transacción), nada induce: en el perdón tampoco hay pago alguno, lo que no impide que haya una perfecta extinción. Por lo demás, estima este autor que esa distinción entre el hecho y el derecho es simplemente inimaginable: el Derecho no es más que la traducción en normas de los hechos, pues procura interpretarlos y sancionarlos, como ocurre en el matrimonio, en la herencia y en todo, que son derechos porque son hechos (sociales, generales, constantes, etcétera, bien entendido).

Vemos —conforme a lo expresado al iniciar el análisis de la consolidación— que definir o «encuadrar» esta figura dentro de un marco conceptual jurídico predeterminado, es labor altamente compleja, puesto que detenta características sui géneris que pueden escapar de cualquier clasificación en la que se le ubique.

Creemos, por razón de sus efectos principales y no tanto por su estructura «genética» intrínseca, que la consolidación tiene mayor afinidad con los modos de extinción de las obligaciones que con otras figuras del Código Civil. Además, si bien podría argumentarse que no se trataría, de acuerdo con lo expuesto, de un modo de extinción de obligaciones propiamente dicho o en estricto, ya que puede «revivir» (lo extinguido o muerto no renace). Pero más allá de esta previsión, a entender nuestro, es un singular modo extintivo de obligaciones, tal como lo venimos expresando desde la clasificación de éstos.

En efecto, las obligaciones consolidadas no renacen o «resucitan», salvo cuando se ha declarado nulo el acto que dio origen a la consolidación (en este último caso, es normal que las cosas vuelvan al estado anterior; eso ocurre en todos los actos jurídicos), o por acto voluntario de la persona en quien se ha producido la consolidación, como en el caso de renuncia a la herencia o por cesión de derechos. La diferencia entre estas dos causas de cese de la consolidación (por nulidad o por acto voluntario) no radica en el efecto principal, que es el restablecimiento de la separación de las calidades de acreedor y deudor, sino en los accesorios de la obligación original.

Se trata, sin embargo, de supuestos poco frecuentes, excepcionales. Por ejemplo, imaginemos que María es heredera universal de Manuel, de quien era deudora. Hasta aquí podemos ver que su obligación anterior se ha consolidado —o confundido— con su derecho actual como heredera del acreedor. Pero supongamos que, por alguna razón, el título hereditario de María se anule (por adolecer el testamento de vicios de forma, por haberse encontrado un testamento válido de fecha posterior con términos distintos, o simplemente por haberse presentado herederos de grado preferente, etcétera). En virtud de dicha nulidad, se deshace la consolidación que se generó, volviendo María a su calidad de deudora (ya no de Manuel, sino de los herederos de éste). Aquí, como es claro, no

se puede hablar en sentido estricto de un «renacer» de la obligación, ya que ésta nunca se extinguió. Lo mismo podría ocurrir en la novación, la compensación y, en general, en cualquier acto jurídico. Hasta se puede anular un pago y volver a la situación obligacional anterior; no ha revivido obligación alguna, sino que su extinción no se produjo: simplemente no hubo tal pago, ni tal compensación, ni tal novación. Por ello, la obligación se restablece con todos sus accesorios.

Supongamos que la consolidación, en nuestro ejemplo, no hubiera adolecido de nulidad alguna, sino que María hubiese renunciado a la herencia de Manuel, regresando a su condición de deudora de la sucesión. En este caso, como en cualquier otro en que la consolidación cesase por voluntad de la persona en quien ella se produjo, los accesorios, es decir, las garantías prestadas por terceros a la obligación de María, no siguen la suerte de lo principal, extinguiéndose permanentemente.

El que esta institución tenga características sui géneris no crea la necesidad de buscar otra categoría distinta para ubicarla, ya que la función práctica de la consolidación es óptima —en términos de utilidad— donde actualmente se encuentra legislada, es decir, dentro de la extinción de las obligaciones. Además, todas las figuras jurídicas pueden ser, a la larga, calificadas de sui géneris, porque de lo contrario serían iguales (serían una sola, la misma). Las clasificaciones se hacen en dos aspectos, que pueden ir juntos o separados, a saber, la naturaleza y los efectos. La consolidación tiene los mismos efectos en la realidad que los demás medios extintivos a pesar de que, en teoría, no extingue, como hemos explicado, sino tan sólo suspende o paraliza la acción por imposibilidad de llevar a cabo el cobro del crédito.

Según lo analizado, la única forma en que una obligación consolidada se restituya con todos sus accesorios intactos es que el acto que dio origen a dicha consolidación se anule, pero este hecho (la nulidad), como dijimos, vuelve a la etapa primigenia a cualquier obligación. Asimismo, si la persona en quien se consolidaron ambas calidades, voluntariamente, decidiese separarlas (por renuncia a la herencia o por cesión de derechos), el restablecimiento de la obligación circunscribirá sus efectos a la obligación principal, mas no a los accesorios, en la medida en que ello pueda afectar a terceros, pues los constituidos por el propio deudor sí renacen.

Funcionalmente, pues, la consolidación opera como si extinguiese la obligación. Por ello resulta adecuado, como lo hemos dicho, ubicarla dentro de la categoría de los medios extintivos de las obligaciones.

Un Código Civil tiene que ser eficiente en los términos y clasificaciones. Ello requiere, a menos que existan diferencias sustanciales en más de un sentido, que se siga una metodología clasificatoria, debido a que ésta proporciona un mejor orden a las instituciones jurídicas, por lo que, en términos generales, no somos partidarios de una profusión de «figuras sueltas», a menos que sea estrictamente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

necesario. Por tales razones opinamos que esta institución se encuentra adecuadamente ubicada en el Código Civil de 1984.

Por lo demás, la jurisprudencia registral peruana ha declarado que «El derecho real se extingue cuando en una misma persona se da la cualidad de titular dominial y de titular del derecho real que lo grava, pero no opera en perjuicio de terceros»[2448]. De otro lado, también se ha señalado que: «Al reunirse en una misma persona la calidad de propietario del inmueble y, a su vez, arrendatario del mismo, opera la consolidación, produciéndose así la extinción de la obligación»[2449].

2.3. Requisitos

En primer lugar, debe haber una relación obligatoria (singular), con sus extremos opuestos de crédito y deuda[2450].

Asimismo, ambos títulos de acreedor y deudor de la misma y única obligación deben confluir o unificarse en cabeza de una sola persona, que puede ser tanto uno de los primitivos sujetos de la relación que sucede al otro, como un tercero que ha sucedido a ambos.

En suma, para que haya confusión es necesario que se trate de una obligación única, cuyo objeto activo se identifique con el pasivo o a la inversa.

2.4. Clases de consolidación

2.4.1. Por su magnitud

El artículo 1300 del Código Civil de 1984 indica la posibilidad de que la consolidación se produzca en forma total o parcial, situación que, como es evidente, estará en función de que se genere respecto a la integridad del crédito o a una fracción de él.

2.4.1.1. Consolidación total

Será total la consolidación cuando concurran en una misma persona, por completo, las calidades de acreedor y deudor respecto del íntegro de una obligación.

El típico supuesto de esta clase de consolidación sería el de Paula, deudora de su padre, Francisco, por cuarenta mil soles. Si Francisco muere, dejando como

2448 Resolución del Tribunal Registral de Lima y Callao n.° 154-97-ORLCITR, de fecha 10 de junio de 1997.

2449 Resolución del Tribunal Registral de Lima y Callao n.° 293-02-ORLCITR, de fecha 2 de agosto de 2002.

2450 Como hemos expresado, dicha característica esencial marca la diferencia entre esta figura y la compensación (sabemos que esta última presupone, por el contrario, la existencia al menos de dos obligaciones distintas entre las mismas personas, que en forma invertida revisten las calidades de acreedor y deudor).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

única heredera (a título universal) a Paula —imaginemos que Paula era la única deudora de los cuarenta mil soles, a la vez que Francisco era el único acreedor de dichos cuarenta mil soles—, entonces al haber heredado Paula la totalidad del patrimonio (bienes, acreencias y deudas) de Francisco, tendremos que ella sería ahora también acreedora de los cuarenta mil soles mencionados, vale decir, del íntegro de la deuda. Por lo tanto, aquí se habría producido una consolidación total (sobre el íntegro de la obligación).

2.4.1.2.Consolidación parcial

Será parcial la consolidación, como su propio nombre lo indica, cuando concurran en una misma persona sólo de manera parcial las calidades de acreedor y deudor de una obligación. En este caso, resulta lógico que la extinción de la relación obligatoria por consolidación se produzca dentro de los límites en que convergen las dos calidades incompatibles.

Así, por ejemplo, cuando el deudor se convierte en heredero del acreedor sólo en una tercera parte es claro que únicamente se extingue su obligación en un tercio (es acreedor de sí mismo en esta porción), lo que equivale a decir que habrá operado una consolidación proporcional a su respectiva cuota hereditaria, mientras que respecto del saldo (dos terceras partes de la obligación) sigue siendo deudor de aquellos a quienes les corresponde en la sucesión del acreedor causante.

En todos los casos en que la confusión es parcial, los efectos indicados sólo se realizarán parcialmente.

Por lo demás, no debemos olvidar que para que haya consolidación de las dos calidades del *de cujus* y del heredero, este último debe ser puro y simple, ya que una aceptación de la herencia con beneficio de inventario mantiene la distinción de los patrimonios.

Bajo un supuesto similar al anterior, tenemos que Paula es deudora de cuarenta mil soles respecto de su padre, Francisco. Si luego de contraída la deuda fallece Francisco, pero deja dos herederos, sus hijos Paula y Pedro, cada uno de ellos lo será por el 50 % del total de su patrimonio. En este caso, Pedro y Paula habrán adquirido la calidad de acreedores de la deuda, por partes iguales, correspondiendo a cada uno de ellos la cantidad de veinte mil soles. Paula continuará como deudora de la totalidad de la deuda, pero respecto de su persona habría operado una consolidación parcial, ya que en ella ahora concurren las calidades de deudora (de los cuarenta mil soles) y acreedora (de veinte mil soles), razón por la cual se extinguiría la mitad de su obligación, y solamente deberá veinte mil soles a su hermano Pedro, y ya no los otros veinte mil soles, que no podría debérselos a sí misma.

Y, por supuesto, también podría ocurrir una consolidación (parcial o total) en forma inversa, vale decir, cuando sea acreedor el heredero y deudor el causante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.2. Por su origen

2.4.2.1.Por causa de muerte

Ésta es la causa más común y típica de ocurrencia de la consolidación. Como hemos visto, la consolidación por causa de muerte opera cuando el deudor o acreedor fallece dejando como heredero o legatario a título universal a su contraparte en la obligación. Este último, entonces, pasa a ser titular del patrimonio del causante, que abarca tanto el activo como el pasivo, lo cual, evidentemente, incluye la obligación que había entre ambos (deuda o crédito)[2451]. De esta forma, el heredero, quien antes formaba parte de uno de los extremos de la relación obligacional, reúne en su propia persona ambas calidades (acreedor y deudor), o, expresado de otra forma, junta en sí mismo los dos extremos de la relación obligacional. La obligación, en este caso, se consolida en la persona del heredero.

2.4.3. Por acto entre vivos

Además de las formas sucesorias mencionadas, clásicas de la consolidación, también podría darse otra, en un acto entre vivos y voluntario[2452].

Se trata de la cesión de derechos, en la que el acreedor cede al deudor (y no a un tercero) el derecho de cobrar la deuda. En este caso, habrán confluido en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, y el deudor tendrá en sus manos el crédito que él mismo adeudaba.

Este acto jurídico podría ser a título gratuito o a título oneroso. Y, desde esta óptica, no sería relevante el nombre que se le asigne, en la medida en que ambas partes estén de acuerdo en extinguir la relación jurídica. Puede, de esa forma, llamarse pago, o cesión de derechos, o donación, o condonación, o consolidación. En cualquier caso, los efectos extintivos serán los mismos.

Huc[2453] recuerda que se sostuvo que la confusión también puede resultar de una transmisión a título particular. El supuesto era el del deudor que apropia al concesionario del crédito; entonces se cita el caso del retracto litigioso. Su deuda se extingue no porque hay un pago, puesto que él reembolsa únicamente al concesionario el precio de compra del crédito, sino porque luego del retracto, él se sustituye por el concesionario, se convierte en acreedor en su lugar, y de este modo reúne en su persona las dos calidades incompatibles de acreedor y de deudor. Pero Huc estima a esta opinión como absolutamente insostenible.

2451 Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

2452 Al clasificar los medios extintivos de las obligaciones que se producen según la intervención de la voluntad humana, ubicamos a la consolidación exclusivamente como un medio extintivo involuntario, por considerarlo más didáctico para un esquema tan genérico como es el caso usual y clásico del fallecimiento. La consolidación por acto *inter vivos* no deja de ser algo excepcional.

2453 Huc, Théophile. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 223 y 224.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Señala además que, aun en materia comercial, se cita el caso —regularmente extraño— del librado, quien después de aceptar la letra de cambio se convierte en propietario de ella por la vía del endoso.

Para Huc, con mayor razón se puede prever la hipótesis en la cual el acreedor cede su crédito a uno de los codeudores solidarios.

Considera el citado autor que la confusión resulta sólo de una transmisión universal o a título universal. Esta transmisión, que sólo puede ser parcial, debe referirse a la plena propiedad del crédito. Si el heredero deudor del crédito sucede al difunto (quien era sólo su nudo propietario), el usufructo correspondiente a un tercero no produce la confusión; sin embargo, si un deudor debe una cantidad productiva de interés y se convierte en donatario del usufructo de esta cantidad, se halla al mismo tiempo acreedor y deudor de los intereses y —en esta medida— se produce la confusión, aunque siga subsistiendo el crédito; al resultar la separación de los patrimonios bien de una demanda de los acreedores de la sucesión, bien de una aceptación con beneficio de inventario, naturalmente que ello pone obstáculos a la confusión.

Por su parte, Lafaille[2454] señala que puede producirse el caso de consolidación a consecuencia de la cesión del crédito y del traspaso de la deuda que coincidieran en un solo y único sujeto.

Enneccerus, Kipp y Wolff[2455] también opinan que la consolidación puede, asimismo, resultar de la cesión del crédito al deudor.

En suma, podemos concluir en que, a pesar de no ser unánime nuestro parecer, es posible que la consolidación opere por un acto entre vivos si el deudor de un crédito lo adquiriese por cesión, o también en el supuesto de que el acreedor de una casa de comercio (que no sea una sociedad formalmente constituida) la adquiriera con todo su patrimonio. Asimismo, podría darse el caso de una letra de cambio aceptada por Juan y luego endosada a favor de éste.

Pero, también podría producirse la consolidación en caso dos personas jurídicas, acreedora y deudora, se fusionen constituyendo una nueva persona jurídica.

Resumiendo ambas clases (consolidación por acto *mortis causa* y por acto *inter vivos*) y con un punto de vista bastante práctico, Ospina[2456] señala que la causa de la confusión es siempre la sucesión jurídica, entendiendo por tal el traspaso del derecho o de la deuda, del acreedor o del deudor, respectivamente, a otra persona y, por lo tanto, esta figura de la sucesión comprende, en sentido lato, la cesión, o sea, la traslación por acto entre vivos, que siempre ha de ser a título singular, y la

2454 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 451 y 452.
2455 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 376.
2456 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 488.

transmisión por causa de muerte, bien sea a título universal o de herencia, o bien a título singular o de legado.

En consecuencia, cuando la sucesión opera por el traspaso de la deuda al acreedor o del crédito al deudor, el vínculo obligatorio se extingue por confusión. El acreedor —caso insólito— le cede el crédito al deudor; éste adquiere el establecimiento mercantil ajeno a que está adscrita su deuda; el acreedor instituye heredero a su deudor o —caso también insólito— lo instituye legatario del crédito en su contra; o —caso ya extravagante por ser un imposible jurídico— el acreedor impone a su deudor, instituido heredero o legatario del crédito, la obligación de pagarlo.

Todo ello, naturalmente, fuera del caso de fusión de dos personas jurídicas que fueron acreedora y deudora entre sí.

2.5. Consolidación y garantía

¿Qué ocurre con esta figura extintiva si la obligación se encuentra garantizada?

Aquí pueden presentarse cuatro supuestos.

El primero, que existiendo un garante se consolide la obligación entre acreedor y deudor. En este caso, al igual que en cualquiera de las formas previstas para la extinción de obligaciones, se extinguiría la garantía (lo accesorio sigue la suerte de lo principal). No habría, en consecuencia, diferencia respecto de la compensación, novación, condonación, transacción, etcétera. Sin embargo, por la misma razón de que lo accesorio sigue a lo principal y dado que esta figura «extintiva» podría «renacer», sus accesorios también podrían «volver a la vida».

El segundo supuesto es el de la consolidación operada entre el garante y el acreedor. Es decir, que se reúnan o confundan en la misma persona dos calidades que antes se encontraban separadas, a saber, la de acreedor y la de garante de la misma obligación. Si se produjese este supuesto, la persona en quien operara la consolidación conservaría el derecho de accionar contra su deudor, ya que por efecto de la consolidación no se habría extinguido la deuda. Tan sólo se extinguiría la garantía, pues el acreedor no podría garantizar su propia acreencia. Cabe acotar que el término consolidación se entiende aquí en sentido amplio, ya que propiamente no se produciría una verdadera consolidación, la cual sólo ocurre —en rigor conceptual— cuando se confunden en una sola persona las calidades principales, es decir, las de deudor y acreedor de la obligación.

El tercer supuesto es el de la consolidación producida entre el garante y el deudor. Este caso tampoco sería, propiamente, uno de consolidación, ya que no se estarían reuniendo en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, pero obviamente se extinguiría la garantía, conservando el acreedor su derecho a accionar contra la persona en la que hubiesen concurrido ambas calidades. Desde

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

luego que en esta hipótesis se mantendrían vigentes las garantías reales que hubiera constituido el garante.

Un cuarto supuesto operaría en caso de reunirse en una misma persona las calidades de garantes. Como se aprecia, aquí tampoco estaríamos hablando de una consolidación propiamente dicha. Sólo expresamos que ese garante incrementaría su responsabilidad, si las garantías fueran por una fracción de la deuda (se sumarían). Pero si ambas garantías respondían por el íntegro de la obligación, entonces, en la práctica, se extinguiría una de ellas. En este último caso el acreedor podría perjudicarse, pues tendría una opción menos para dirigir sus acciones de cobranza: únicamente estaría en aptitud de accionar contra el deudor o contra aquél en quien concurrieron las calidades de los dos garantes, salvo que intervinieran otros garantes.

Para Valencia Zea[2457], la confusión de créditos y deudas implica confusión de las seguridades y accesorios de esos créditos y deudas; pero la confusión de seguridades no implica la de las deudas y los créditos principales. La confusión de una seguridad se realizaría en el caso de que Pedro tuviera garantizada su deuda de mil pesos a Juan con el fiador Luis y, al morir el acreedor (Juan), quedara como heredero de sus bienes el fiador (Luis). En este caso, se extingue la fianza, pero no la deuda. En el mismo ejemplo, si el heredero del acreedor (Juan) es directamente el deudor (Pedro), al confundirse en éste las calidades de deudor y acreedor se extingue automáticamente la fianza de Luis.

Marcadé[2458] señala que los efectos de la confusión siempre son fáciles de determinar, pues constituyen el resultado de la fuerza misma de las cosas. Es más la constatación de un hecho, que la explicación de un punto de derecho. La reunión de esa calidad en otra extinguirá necesariamente —según Marcadé— todos los derechos por los cuales ésta hace absolutamente imposible la existencia posterior, pero también es cierto que extinguirá únicamente estos derechos. Así, cuando en la obligación garantizada las dos calidades de acreedor y de deudor principal se reúnen en una misma persona, resulta evidente que se extingue la deuda principal, pues es imposible ser deudor de sí mismo, y también es claro que, extinguiéndose la deuda principal, la obligación accesoria de la garantía se extinguirá del mismo modo. Si, por el contrario, hay confusión de la calidad de acreedor y de la garantía, es evidente que si bien de esta forma se produce la extinción del contrato de garantía (porque no se puede garantizar a sí mismo su propio crédito), no habrá extinción de la deuda principal, la que siempre subsistirá como deuda no garantizada o garantizada solamente por otros (si hubiera varios fiadores).

Cuando la confusión se produce entre la calidad de la garantía y la del deudor principal, según este mismo autor, habrá indudablemente una extinción del

2457 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, p. 459.
2458 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 678 y 679.

contrato de garantía (pues no se puede garantizar su propia deuda más que su propio crédito). Sin embargo, las diversas garantías que habría dado el deudor (como la fianza, las hipotecas que cada uno de los obligados habría consentido), subsistirán todas, puesto que no hay ningún impedimento para que se mantengan.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[2459], conforme al concepto en estricto de la confusión, la extinción sólo se produce cuando el crédito y la deuda se reúnen en la misma persona. Por consiguiente, si, por ejemplo, el acreedor hereda al fiador o éste a aquél, se extingue la deuda de fianza, pero no la principal. En el supuesto de obligaciones solidarias, si (en virtud de herencia) se unen el crédito del acreedor y la obligación de uno de los deudores, no desaparece la de los demás deudores, pero dentro de estos límites el crédito se extingue plenamente, y de ahí deriva el que también se extingan las seguridades que del mismo dependen, en particular, las fianzas y derechos reales de garantía.

Los citados juristas alemanes consideran que, si sobre el crédito recaía un usufructo o un derecho de prenda, el usufructuario o el acreedor pignoraticio tendrá, no obstante, las mismas facultades que si el crédito subsistiera todavía. De este modo, la extinción por confusión no perjudica sus derechos. De igual forma, un crédito que el causante de la herencia tuviera contra el heredero y que haya sido legado a un tercero, se considerará como no extinguido en lo que afecte al derecho del legatario, a pesar de la confusión de crédito y deuda operada por virtud de la herencia.

Barbero[2460] acepta que en la misma persona se pueden reunir las dos calificaciones pasivas de deudor principal y de fiador, produciéndose también aquí una especie de «confusión», pero hace hincapié en que esta última situación tiene un valor muy distinto del que antes se ha considerado. Para Barbero, en la «confusión» verdadera y propia (de débito y crédito), hay extinción de la relación por la imposibilidad estructural de su existencia; en el caso de reunión de calidades de deudor y fiador tiene relieve, más que ninguna otra cosa, el hecho de la inconsistencia práctica ordinaria de una fianza a cargo del mismo deudor principal.

La fianza —según Barbero— toma su significado de garantía esencialmente del hecho de que para la satisfacción del crédito están vinculados, subsidiaria y solidariamente, dos patrimonios distintos. Si esos dos patrimonios se funden en uno solo, ya no es normalmente posible la eficacia práctica de la fianza, toda vez que la misma persona ya comprometida con todos sus bienes al cumplimiento de la obligación no puede, con aquellos mismos bienes, agregar seguridad a la satisfacción del crédito. Precisamente por eso, más que extinguirse, la garantía viene a ser prácticamente ineficiente; sólo que, así como la eficiencia práctica de la fianza y el interés en mantenerla dependen, precisamente, en sustancia, de la distinción

2459 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 376 y 377.
2460 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, pp. 331 y 332.

de los patrimonios vinculados a la deuda y a la garantía de ella, la fianza no se extingue indiscriminadamente por vía de dicha «confusión», sino que queda en vida en caso el acreedor tenga interés en mantenerla.

Como comentario final, queremos precisar que la categoría dentro de la relación obligacional es fundamental para la ocurrencia de la consolidación. En otras palabras, no es lo mismo que se reúnan en una misma persona las calidades de deudor y acreedor —lo cual extingue o paraliza la relación principal, siguiendo el mismo curso todas las obligaciones accesorias—, a que se reúnan en una misma persona las calidades de deudor principal y de garante, o de acreedor y de garante, ya que en estos últimos casos nada sucede con la relación principal, más allá de lo que ocurra con los accesorios.

2.6. Consolidación e indivisibilidad

¿Qué consecuencias jurídicas produce la consolidación en una obligación indivisible?

Si hay pluralidad de deudores y la consolidación se produjese entre el acreedor y uno de los deudores de la obligación con prestación indivisible, no se extingue la obligación respecto de los demás deudores, debiendo éstos cumplirla por el íntegro. Esto es evidente, ya que, siendo indivisible, la prestación no puede fraccionarse; es imposible el cumplimiento por partes de una prestación de naturaleza indivisible. En cuanto a la porción correspondiente al deudor liberado (excodeudor, actual acreedor), ella debe deducirse de la prestación total, por lo que primero se la debe valorizar y luego el acreedor puede optar por reembolsar a los codeudores dicha suma o garantizarla (mediante fianza, garantía mobiliaria, prenda, hipoteca o anticresis). Una vez reembolsada o garantizada la parte consolidada, podrá exigir a los codeudores el cumplimiento del íntegro de la prestación.

El Código Civil peruano establece estos principios en el artículo 1178[2461].

Si, por el contrario, hay pluralidad de acreedores y un deudor, y se consolida la obligación entre éste y uno de aquéllos, tampoco se extingue la obligación con prestación indivisible. Es decir, el deudor sigue obligado por el íntegro con los demás coacreedores. En cuanto a la porción extinguida, los coacreedores deben reembolsarla al deudor o garantizarla para poder exigirle el cumplimiento del total de la prestación.

Supongamos que Manuel se hubiera obligado frente a tres coacreedores, Jaime, Héctor y Juan, a la entrega de un tractor, valorizado en ciento cincuenta mil dólares americanos. Si se consolidara la obligación entre Manuel y Héctor

2461 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.

(imaginemos que Héctor heredó a Manuel a título universal), entonces Héctor sería el nuevo deudor de la prestación indivisible, pero para que Jaime y Juan pudieran exigirle la entrega del tractor, ambos le tendrían que reembolsar el valor de la parte que le correspondía, es decir, cincuenta mil dólares americanos, u otorgar alguna garantía que cautelara dicha suma.

Esta fórmula es la seguida por nuestro Código Civil en el numeral 1179[2462].

2.7. Consolidación y solidaridad

Respecto a la consolidación en las obligaciones solidarias, en el supuesto de solidaridad pasiva, si operase la consolidación de la calidad de acreedor con la de un codeudor (imaginemos que la consolidación es total, es decir, que el codeudor es heredero universal del acreedor), ella producirá sus efectos totales, esto es, la desaparición de ese deudor solidario. Así, si el acreedor tenía dos deudores solidarios, luego de la consolidación sólo tendrá un deudor, de manera que la solidaridad desaparece. Pero en caso de que se produzca la consolidación parcial (podría ser que el codeudor sea heredero de una porción del patrimonio del acreedor), entonces se consolida (o extingue) su deuda en proporción a su cuota parte de la herencia. Aquí su parte de la deuda se reduce, pero no desaparece, por lo que sigue siendo codeudor solidario, pero sólo por el saldo. En cualquier caso, ya sea que se haya extinguido total o parcialmente la obligación del codeudor, la deuda total (para los demás codeudores o para todos, si es que fue consolidación parcial) se reduce en la porción extinguida. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de que se regule en la relación interna entre todos los codeudores el monto de lo consolidado.

En cuanto a la solidaridad activa, es decir, cuando existe pluralidad de acreedores solidarios, si la consolidación se produjese entre un coacreedor solidario y el deudor, sólo habría extinción del crédito y de la deuda en la parte correspondiente a ese coacreedor. Sería el caso en que Ana, Rosa y Patricia fuesen acreedoras solidarias por la suma de sesenta mil soles. Si Rosa falleciera y Malena, única deudora de esta obligación, fuera su sucesora, entonces se consolidaría la obligación en la suma correspondiente a Rosa, y sólo quedaría una deuda de cuarenta mil soles y subsistirían dos coacreedoras: Ana y Patricia. Si falleciera Malena y su sucesora fuese Rosa, ocurriría algo similar. Se extinguiría la obligación entre Malena y Rosa, saliendo esta última de la relación obligacional, por lo que quedarían Ana y Patricia como coacreedoras por la suma de cuarenta mil soles, quedando como deudora la sucesión de Malena. Si Rosa fuese la única heredera de Malena, entonces respondería por los cuarenta mil soles ante ambas coacreedoras.

2462 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.

Nuestro Código Civil contempla estos supuestos en el artículo 1191: «La consolidación operada en uno de los acreedores o deudores solidarios sólo extingue la obligación en la parte correspondiente al acreedor o al deudor».

Valencia Zea[2463], en relación a este punto, da un ejemplo muy simple y gráfico. Pedro, Juan y Luis son deudores solidarios de Diego por tres mil pesos. Al morir el acreedor (Diego), lo sucede como heredero el deudor Pedro. Entonces se tiene que la confusión sólo se realiza por la suma de mil pesos, subsistiendo una deuda de dos mil pesos en favor de la herencia que deben pagar por partes iguales los otros dos deudores. Por este motivo, el heredero Pedro sólo podrá exigir de cada uno de los otros deudores la cuota parte que les corresponde a ellos en la deuda (en este caso se supone que los deudores solidarios se habían beneficiado por partes iguales en la acreencia que Diego tenía contra ellos).

Refiere Valencia Zea que el caso puede realizarse en sentido inverso: Pedro, Juan y Luis son acreedores solidarios de Diego por tres mil pesos. La confusión de la acreencia se realiza en este caso sólo por la acreencia dividida, es decir, por mil pesos. Juan y Luis serán ahora acreedores de Diego por la cuota parte que les correspondía en el crédito, esto es, cada uno por mil pesos.

2.8. El Estado como heredero

Sobre este punto, Colmo[2464] expresa que cuando el fisco es heredero, por razón de que no hay herederos naturales, no se produce confusión. El fisco viene a resultar un heredero beneficiario, pues sólo está obligado por las deudas sucesorias hasta donde alcancen los bienes hereditarios, ya que al efecto el Estado no recibe los bienes sin previo inventario y tasación judiciales.

Según Salvat[2465], cuando el Estado es llamado a recoger una herencia vacante, su situación ha sido asimilada por la ley a la del heredero beneficiario. El Estado sólo responde por la suma que importan los bienes teniendo, lógicamente, el derecho de cobrarse lo que a él se le deba por el causante, con los privilegios que le correspondan. La confusión en estas condiciones no puede existir y, por consiguiente, suponiendo que el crédito del Estado estuviese garantizado por un fiador, éste quedaría responsable por la suma de aquél que no alcanzase a cobrar de los bienes hereditarios.

En el Derecho peruano, y específicamente en nuestro Código Civil, el Estado también es considerado un heredero beneficiario, vale decir, no se trata de un heredero a título universal, sino con beneficio de inventario, por lo que no resulta factible que opere consolidación alguna. El Estado se obliga a pagar las deudas

2463 Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo III, pp. 459 y 460.
2464 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 584.
2465 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 297.

sucesorias con los bienes hereditarios, todo lo cual ha sido tasado e inventariado previamente[2466].

2.9. Supuesto de consolidación y separación de patrimonios

Hay un aspecto importante de mencionar: el de la separación del patrimonio del heredero respecto del patrimonio del causante.

Los acreedores y los legatarios de la sucesión pueden pedir la separación de dichos patrimonios para tener preferencia sobre los bienes sucesorios contra los acreedores del heredero.

Al respecto, Colmo[2467] opina que es verdad que los herederos no gozan en tal situación de la calidad de beneficiarios (es decir, de herederos bajo beneficio de inventario) y que así resultan herederos comunes, lo que les obliga a responder *ultra vires* de las obligaciones de la sucesión, pues respecto a ellos hay confusión de patrimonios.

Empero, señala Colmo, la separación de patrimonios tiende precisamente a evitar tal confusión de patrimonios con relación a los acreedores sucesorios y legatarios que la pidan y consigan. Para éstos hay dos patrimonios distintos, como son el hereditario y el de los herederos. En tal virtud, el crédito que el heredero tenga contra la sucesión se extinguirá por confusión, pues para él los dos patrimonios (el hereditario y el propio) son uno solo, por lo mismo que es heredero puro. Pero la deuda que tuviese en favor de la sucesión resultará un crédito de ésta, que entrará a constituir el respectivo acervo hereditario, sobre cuyo importe habrán de cobrarse los expresados acreedores y legatarios, con toda preferencia sobre los acreedores del heredero. Lo propio ocurre en cualquier otro caso de separación de patrimonios, sea ésta legal o convencional.

El Código Civil peruano alude al tema en los artículos correspondientes al Derecho de Sucesiones, en los que establece la preferencia de los acreedores del causante sobre los acreedores del heredero para ser pagados con cargo a la masa hereditaria (artículo 872). Igualmente, el artículo 875 del mismo cuerpo legal establece que el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se satisfaga su deuda o se le asegure el pago.

2466 La norma pertinente en nuestro cuerpo legal es el artículo 830 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:
Artículo 830.- A falta de sucesores testamentarios o legales, el juez que conoce del procedimiento de declaratoria de herederos, adjudicará los predios rústicos, ganado, maquinaria e instalaciones que los integren al correspondiente organismo del Estado, y los demás bienes a la Beneficencia Pública del lugar del último domicilio que tuvo el causante en el país, o de la capital de la República si estuvo domiciliado en el extranjero o al organismo que haga sus veces. Es obligación de las entidades adjudicatarias pagar las deudas del causante hasta donde alcance el valor de los bienes adjudicados.
Corresponde al gestor de la declaratoria respectiva, el cuarenta por ciento de su valor neto.

2467 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 584.

Estas reglas son básicas para comprender el tema de la separación de los patrimonios de la sucesión y del heredero.

Asimismo, nuestro Código en materia de Derecho Sucesorio menciona la consolidación en su artículo 880[2468].

2.10. La consolidación en obligaciones de dar —que no consistan en dinero—, en las obligaciones de hacer y en las obligaciones de no hacer

La consolidación, si bien usualmente opera respecto a las obligaciones de dar y, en particular, a las de dar sumas de dinero (es decir, a aquéllas de tipo pecuniario), nada obsta a que también pueda producirse respecto de obligaciones de otra naturaleza.

Supongamos, a modo de ejemplo, que Patricio, decorador de interiores y sobrino de Carmen, en virtud de un contrato de compraventa se ha obligado con ésta a entregarle una cantidad determinada de mayólicas para cocina. Si Carmen falleciera sin dejar herederos forzosos, siendo Patricio su único sobrino[2469], entonces la sucedería a título universal. Como él debe entregar a la sucesión de Carmen los bienes descritos y, a su vez, es ahora titular de todo el patrimonio de Carmen (con activos y pasivos), resulta que se adeudaría a sí mismo dichas mayólicas. Por tanto, se consolida su obligación de dar.

Lo equivalente ocurre con las prestaciones de hacer y de no hacer.

Si en lugar de adeudar a Carmen las mayólicas de cocina, Patricio le adeuda la colocación de éstas, entonces su deuda es por una obligación de hacer. Igualmente operaría en este caso la consolidación, por la imposibilidad material de que Patricio se exija a sí mismo el cumplimiento de la prestación (o la indemnización correspondiente).

En cuanto a las obligaciones de no hacer, éstas también pueden ser objeto de consolidación, a pesar de que su ocurrencia sea muy poco usual. Si Patricio se hubiese obligado con su tía Carmen a no colocar mayólicas de color azul, al fallecer ésta, él no podría impedirse a sí mismo el colocarlas, si así lo deseara, por lo que la obligación quedaría extinguida. Lo mismo con cualquier obligación de no hacer, las que —como sabemos— no implican sino abstenciones. Así, si Patricio se obligó a no transitar por el jardín de Carmen, ahora ya podría hacerlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2468 Artículo 880.- El heredero o legatario que fuere acreedor del causante, conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiera operar.

2469 En este caso, estamos suponiendo que Carmen carece de cónyuge, de ascendientes y de descendientes en línea recta, razón por la cual la herencia corresponde a los parientes colaterales, detentando Patricio el tercer grado en esa línea.

Supuesto de cese de la consolidación. Efectos

Artículo 1301.- Si la consolidación cesa, se restablece la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.

En tal caso, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros.

1. Fuentes nacionales del artículo 1301

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 primer cuerpo legislativo que trató el tema fue el Proyecto de Código Civil de 1890, en su artículo 2981: «Si la confusión llega a cesar por acontecimiento posterior que restablece la separación de las calidades de acreedor y deudor, unidas en una misma persona, los interesados reasumen los derechos temporalmente extinguidos, y todos los accesorios de la obligación; pero revocada la confusión por mero convenio de partes, aunque la revocación sea eficaz entre ellas, no puede restablecer en perjuicio de tercero, la obligación y sus accesorios».

Este Proyecto de Código fue seguido por el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, que preveía en el artículo 287 lo siguiente: «Si la consolidación cesare por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos y a todos los accesorios de la obligación». Luego vendrían el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, que abordaba la materia en el artículo 275: «Si la consolidación cesare por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos y a todos los accesorios de la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, que proponía en el artículo 1295 lo siguiente: «Si la consolidación cesare se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona»; y el Código Civil de 1936, que legislaba sobre el particular en su artículo 1306: «Si la consolidación cesare, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 contempló el tema en su artículo

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

169: «Si la consolidación cesare, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo trató en el artículo 156: «Si la consolidación cesare, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.— En tal caso, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros».

Finalmente, el artículo 1319 del Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, prescribía que: «Si la consolidación cesare, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.— En tal caso, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros»; y el artículo 1268 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, establecía que: «Si la consolidación cesa, se restablece la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona.— En tal caso, la obligación extinguida renace con todos sus accesorios, sin perjuicio del derecho de terceros».

2. Análisis

Como se sabe, al reunirse en una misma persona las calidades de acreedor y deudor de una misma obligación, ella se extingue como consecuencia de un acto denominado jurídicamente confusión o consolidación. Este último término es por el que ha optado el Código Civil de 1984.

Antes se expresó que la consolidación resulta un medio extintivo de obligaciones singular, pues es el único que en realidad paraliza la relación jurídica debido a la imposibilidad de cobro de un acreedor a su deudor, por haberse confundido en una misma persona ambas cualidades, no siendo razonable que alguien se cobre a sí mismo. Por esta imposibilidad de cobro es que la acción se elimina, pero nada obsta para que, de volverse a separar ambas cualidades en esa obligación consolidada, la obligación vuelva a existir como si nada hubiese ocurrido. Es esta eventualidad la contemplada en el artículo 1301 del Código Civil peruano de 1984.

Al definir la figura, hemos destacado su conflictiva naturaleza jurídica, puesto que, si en realidad la obligación consolidada tiene la facultad o capacidad de renacer, entonces es difícil hablar de extinción en un sentido estricto.

La consolidación puede cesar en la medida en que se anule el título por el cual confluyeron en la misma persona las calidades de deudor y acreedor de una obligación. Puede cesar también, por ejemplo, por renuncia a la herencia ya causada; o por existir supuesto de indignidad para suceder; o en otros casos previstos por la ley.

Un ejemplo representativo de esta posibilidad sería aquel en el cual existe un heredero aparente a título universal, que a su vez se encontraba obligado a entregar

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

una prestación al causante. En este caso, al fallecer el acreedor y ser el deudor su heredero, han confluido en él las calidades de acreedor y deudor de una obligación, por efectos de un proceso sucesorio. Pero imaginemos que tal consolidación desaparezca por apersonarse quien aparentemente había fallecido y por plantear una demanda judicial exitosa respecto a una acción petitoria de herencia (la que es imprescriptible). En este caso el heredero aparente habrá dejado de tener tal calidad, y volverá a ser deudor, a secas, de la sucesión, asumiendo el verdadero heredero la calidad de acreedor de la obligación, según sea el caso. Recordemos que lo mismo ocurriría, pero a la inversa, si el heredero aparente hubiese sido acreedor del causante.

La consolidación por causa de herencia no se restringe a los herederos forzosos, sino también a los legatarios a título universal. Los herederos beneficiarios (con beneficio de inventario) sí se encuentran excluidos de la posibilidad de consolidar de esta forma su obligación con el causante.

Una vez salvado el aspecto conceptual respecto de la naturaleza jurídica de la consolidación, y las disquisiciones relativas a si se trata de un medio extintivo de obligaciones o no, queda la tarea de discernir qué ocurre con los accesorios (particularmente, con las garantías) de dicha obligación en caso de cesar tal consolidación, es decir, qué consecuencias puede acarrear su «renacimiento». También es crucial establecer lo que ocurre con los terceros.

Veamos algunas opiniones de la doctrina sobre el cese de la consolidación.

José León Barandiarán[2470] realizó un análisis respecto de los efectos del cese de la consolidación que consideramos de interés transcribir:

> Mas, ¿la desaparición de la confusión se produce retroactivamente o no? El interés de la cuestión reside especialmente en lo que concierne a los accesorios de la obligación, sobre todo a las garantías de la misma, y al efecto que tal cuestión tiene con relación a terceros.
>
> La doctrina más segura es la que distingue según que la desaparición de la consolidación provenga *ex causa nova et voluntaria o ex causa antiqua et necessaria*. Si lo primero, la cesación de la confusión no tiene efecto retroactivo. "Es un principio general —explica Demolombe— que cuando un modo de liberación, cualquiera que sea, se ha verificado en provecho del deudor, de tal suerte que los terceros, que se encontraban comprometidos en la deuda, han adquirido el derecho de no ser perseguidos, no corresponde ya a aquel en cuya persona se ha operado, el quitarles tal derecho y modificar su situación".

2470 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, pp. 549-551.

El maestro León Barandiarán agrega que:

> Si la resolución de la consolidación se produce por causa anterior y necesaria a ésta, la obligación se impone retroactivamente, vale decir, *erga omnes*. Efectivamente, la causa de la confusión se halla extinguida o resuelta *in praeteritum*. Se indica como casos de esta situación, los siguientes: 1) si el heredero en cuya persona se ha operado la confusión, hace rescindir su aceptación; 2) si es declarado indigno de suceder; 3) si el título jurídico causante de la confusión es declarado nulo o rescindido; 4) si queda sin efecto por causa de una condición resolutoria; 5) si el heredero gravado de situación procede a la restitución que está obligado a hacer.
>
> En los casos primero y segundo reconoce Huc que la causa que ha generado la confusión ha existido; ésta se ha producido *ex causa antiqua*; pero ella, al desaparecer, se reputa no haber existido, por lo que desaparece con efecto retroactivo. Se trata, sin embargo, de una ficción. Si la regla recomendada para distinguir cuando la extinción de la confusión opere retroactiva o irretroactivamente, quiere apoyarse en determinaciones seguras, debe prescindir de tales ficciones. En el caso de rescisión de la aceptación de la herencia, se trata de un hecho posterior a la confusión, que se produjo desde el momento de tal aceptación, y se trata también de un hecho dependiente de la voluntad de la persona; por ende la extinción de la confusión no debe obrar *ex tunc*. En el caso de indignidad del heredero, el hecho es también posterior a la consolidación, pero es destructivo de ésta con prescindencia de la voluntad de la persona, como que resulta impuesta por la ley. Cabe, entonces, aceptar que obre retroactivamente.
>
> En cuanto al caso tercero, es perfectamente explicable: *quod nullum est nullum producit effectum*.
>
> En cuanto al caso cuarto, se hace funcionar aquí el efecto retroactivo que se atribuye a la condición resolutoria. Pero, conforme al Código, ésta no tiene tal virtualidad retroactiva (artículo 1110 del Código Civil de 1936).
>
> En cuanto al caso quinto también se justifica la solución. La confusión cesa por la restitución a la que queda obligado el gravado con la sustitución, encargado de conservar y entregar los bienes al sustituto. "Desde entonces el crédito que el instituyente tenía contra él, debe quedar comprendido en el activo a entregar; del mismo modo, la deuda del instituyente para el gravado debe ser deducida de los bienes a restituir. Pero, a falta de restitución a hacer a los llamados, la confusión permanece inmutable" (Larombière).

Otro autor peruano, el profesor Rosendo Badani Chávez[2471], pone énfasis en la dificultad de determinar cuáles obligaciones consolidadas, o en qué casos de consolidación, hay retroactividad para todos los efectos al cesar aquélla. El pro-

2471 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 199.

blema, señala, radica en el vacío de la ley: «Punto que la ley deja sin aclarar en la disposición citada es el que se refiere al efecto retroactivo que puede tener esta separación de las calidades de acreedor y deudor, después de operada la confusión; el que queda así reservado a la doctrina y a la jurisprudencia de los tribunales. Su interés radica principalmente en lo que se refiere a los efectos que puede producir en relación a terceras personas y en lo que corresponde a las obligaciones accesorias, como la fianza y, en general, a las garantías que hubieran estado constituidas en favor del crédito que revive».

Remitiéndose a lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia, Badani indica que la regla generalmente admitida es que cuando la consolidación cesa por un hecho nuevo, los efectos ya operados por ella subsisten, repercutiendo sólo para lo futuro como, por ejemplo, en la venta de la herencia por el heredero. Entonces, la causa que hace desaparecer la confusión no tiene efecto retroactivo. Sin embargo, cuando la consolidación desaparece por causa anterior (en la que necesariamente se sustentaba), los efectos se tienen como no producidos y la resolución operada obra retroactivamente. Badani concluye explicando que esto se puede comprender fácilmente si se considera que, en el primer caso de la cesación por hecho nuevo y voluntario, se trata de una consolidación que en realidad ha existido y a la que voluntariamente se hace desaparecer; en tanto que en el segundo supuesto, la consolidación, propiamente, no ha existido, ya que la causa que le dio origen no existió.

Lafaille[2472] considera que, si la consolidación cesara por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos, y a todos los accesorios de la obligación. El ejemplo es el clásico para estos casos: Juan hereda a Pedro, de quien era deudor. Se opera la consolidación en cuanto a su deuda. Luego, se anula su título hereditario (por adolecer el testamento de vicios de forma) y entonces cesa la consolidación que se había producido, y los herederos de Pedro vuelven a ser acreedores de Juan. Lo mismo ocurriría si se anulase por fraude la cesión por la cual el deudor adquiriera el crédito contra sí mismo. En cualquier caso, en que se haya invalidado el acto que ha dado origen a la consolidación, se restablece o renace la obligación.

Este efecto extintivo relativo de la obligación, propio de la consolidación, es el que sustenta el parecer de quienes, como Lafaille, Salvat, Colmo, y la doctrina en general, estiman que en realidad la consolidación no extingue propiamente la obligación, sino que paraliza el ejercicio de la acción del titular del crédito. El efecto relativo de la consolidación se corrobora al no extenderse a los demás acreedores o deudores solidarios.

2472 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VII, volumen II, pp. 1062 y 1063.

ESTUDIO OSCAR PEYRANO

Para Domenico Barbero[2473], la disciplina de la extinción de la obligación por consolidación toma en cuenta ciertos intereses de los terceros, operando, mediante una ficción, como si la relación extinguida existiese todavía. Así, mientras por un lado la extinción de la obligación libera también a los terceros que la hubieran garantizado, por otro lado, los terceros que sobre el crédito extinguido hubiesen adquirido el derecho de usufructo o la garantía de prenda, conservan el uno y la otra como si el crédito, en cambio, existiese todavía. Esto se debe a que existe, en realidad, el objeto que informaba la relación y ese objeto constituye todavía objeto, a su vez, del usufructo y de la prenda.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Cazeaux y Trigo Represas[2474] opinan que cesando la consolidación renace el estatus jurídico o vínculo obligacional anterior. Esto, afirman, constituye un fuerte argumento en pro de la tesis de que propiamente la consolidación no extingue el derecho creditorio, sino que más bien lo paraliza o deja en estado latente, como consecuencia de la imposibilidad de que se ejercite la acción contra uno mismo.

Starck, Roland y Boyer[2475] describen el problema poniendo mayor énfasis en que la consolidación anulada jamás existió, en tanto que la consolidación voluntariamente disuelta, sí. De este modo, la situación engendrada por la consolidación no es necesariamente indeleble. Sucede, señalan, que la causa que la ha hecho nacer desaparece por sí sola, en cuyo caso se debe uno preguntar acerca de la «resurrección» de la obligación.

Por ello, agregan los profesores citados, el problema no se presenta en los mismos términos, dependiendo de si la consolidación termina retroactivamente o si sólo se suspende para el futuro. No hay dificultad alguna cuando el hecho generador de la consolidación se borra retroactivamente (por ejemplo, cuando se pronuncia la anulación de una cesión de crédito o de la aceptación de una sucesión o cuando se resuelve el acto que había creado la consolidación), pues jurídicamente, al no haber existido nunca la consolidación, la deuda es considerada como que no ha sido destruida. De esta manera, la deuda «revive» con todos sus accesorios, incluso en el pasado. En esta eventualidad, la ficción de la retroactividad justifica plenamente el resurgimiento de la deuda.

Por el contrario, Starck, Roland y Boyer concluyen señalando que la deuda deberá quedar definitivamente extinta en la hipótesis de que no hay desaparición retroactiva del acto que ha producido la consolidación. Esto es, como sabemos, en el caso de separación voluntaria de las cualidades de acreedor y de deudor de la obligación. Sin embargo, el artículo 1698 del Código Civil francés decide que en caso de venta de la herencia (por el heredero), el comprador debe «justificar»

2473 Barbero, Domenico. *Op. cit.,* tomo III, p. 331.

2474 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.,* tomo II, p. 371.

2475 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.,* p. 217.

al vendedor acerca de todo aquello que fuera acreedor, de donde resulta que el crédito resurge a pesar de la consolidación. Puntualizan que es para explicar esta solución que una parte de la doctrina considera que la consolidación no tiene poder extintivo, sino que tiene por efecto único liberar al deudor luego de una imposibilidad de ejecución, análisis que permite comprender la reaparición de la obligación cuando una nueva circunstancia elimina el obstáculo que se oponía a ejecutarla.

Sobre este punto, Marcadé[2476] es tajante en afirmar que no hay duda alguna de que la resurrección de la consolidación es plenamente eficaz entre los contratantes, pero que no puede revivir, con perjuicio de los terceros, los contratos de garantía, hipotecas y otros derechos que se extinguieron debidamente. La simple voluntad del hombre no puede unir a los terceros y modificar sus vidas; el heredero no puede, por simple fantasía, hacer que su aceptación válida tenga la reputación de nula y sin valor, aun en detrimento de los terceros, eliminando el beneficio que resultó para ellos de la consolidación.

Igualmente, Cazeaux y Trigo Represas[2477] subrayan que la validez de los efectos de cese de la consolidación entre las partes no podría desconocerse, por cuanto todo ello entra dentro del principio de libertad contractual, pero tal consolidación no podría perjudicar a terceros, y por ello es que resultará ineficaz respecto de éstos. Por tanto, señalan, en la hipótesis de la fianza ya extinguida por consolidación del derecho principal, ella no renacerá por el hecho de la ulterior cesión del crédito por parte del titular de las dos calidades de acreedor y deudor.

Podríamos seguir recopilando opiniones de diversos autores sobre el particular, siendo ellas finalmente coincidentes en cuanto al fondo de la cuestión, por lo que consideramos suficientes las importantes citas hasta aquí mostradas. Por una parte, es claro y simple que lo nulo no existió y que los terceros continúan vinculados a la relación obligacional. De otro lado, el actuar voluntario de una parte o de ambas no puede afectar a terceros (*res inter alios acta*). No hay mucho más que decir sobre esto, ya que los principios jurídicos deben encontrarse siempre presentes en todas las figuras e instituciones, regulándolas y liderándolas.

El artículo 1301 del Código Civil peruano señala en su parte final que en caso de cese de la consolidación la obligación extinguida renace con todos sus accesorios (en éstos están comprendidas las garantías que hubiese otorgado el deudor al acreedor), siempre y cuando no perjudique el derecho de terceras personas (por ejemplo, los terceros garantes).

Si el deudor, por citar un caso, renunciase voluntariamente a la herencia, resultaría del todo injusto y antijurídico (por la inseguridad que ello acarrearía) que «renaciera» la obligación para los garantes. La resurrección es un milagro y no un acontecimiento común, y menos aún ocurre por voluntad de las personas.

2476 Marcadé, Victor. *Op. cit.*, tomo IV, p. 680.

2477 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 371 y 372.

Caso muy distinto es el del deudor declarado indigno para suceder, ya que no hay razón para perjudicar al acreedor privándolo de las garantías prestadas por terceros. Es como si renacieran, pero lo que en realidad ocurre es que nunca dejaron de existir las garantías otorgadas por los garantes. Cuando el Código utiliza la expresión «sin perjuicio del derecho de terceros», se refiere a los garantes y a cualquier otra hipótesis en que algún tercero pudiera verse afectado. Los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca, anticresis), así como los derechos personales de garantía (fianza) y la garantía mobiliaria son accesorios.

En suma, lo que marca la diferencia en cuanto a los efectos que resultan de la consolidación, luego del cese de ésta, es cuando se trata de una terminación voluntaria de la consolidación o cuando ésta es provocada de pleno derecho, con carácter de necesidad, por otras causas ajenas o extrañas a las partes.

En el primer supuesto, es decir, cuando la consolidación cesa por voluntad absoluta y autónoma de las partes, los efectos no alcanzan a los terceros, como consecuencia del principio *res inter alios acta*. En el segundo supuesto, la consolidación fue anulada de pleno derecho, por lo que no existió: aquí las partes son restituidas en todos los derechos temporalmente extinguidos (paralizados) y en todos los accesorios. Dentro de estos accesorios se encuentran, como es lógico, las garantías mobiliarias, garantías reales y personales, en general, incorporándose cualquier garantía constituida por terceros. Todas ellas, si existieren, seguirán acompañando como accesorios a la obligación reactivada al cesar la consolidación.

Esto, naturalmente, a menos que ello resulte física o jurídicamente imposible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VII
Transacción
(Artículos 1302 al 1312)

Transacción. Concepto, naturaleza jurídica, importancia, efectos y valor
1. Fuentes nacionales del artículo 1302
2. Análisis

La necesidad de que la transacción contenga renuncia expresa de cualquier acción futura
1. Fuentes nacionales del artículo 1303
2. Análisis

Formalidad de la transacción
1. Fuentes nacionales del artículo 1304
2. Análisis

Derechos sobre los que se puede transigir
1. Fuentes nacionales del artículo 1305
2. Análisis

Transacción sobre responsabilidad civil proveniente de delito
1. Fuentes nacionales del artículo 1306
2. Análisis

Transacción efectuada por representantes legales de ausentes o incapaces
1. Fuentes nacionales del artículo 1307
2. Análisis

Transacción sobre nulidad o anulabilidad. Efectos
1. Fuentes nacionales del artículo 1308
2. Análisis

Supuestos en los cuales la cuestión sobre la que se transige es, precisamente, la nulidad o anulabilidad del acto
1. Fuentes nacionales del artículo 1309
2. Análisis

Indivisibilidad de la transacción. Efectos
1. Fuentes nacionales del artículo 1310
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Solución de controversias a través de la suerte. Aplicación a este supuesto de las normas de transacción

1. Fuentes nacionales del artículo 1311
2. Análisis

Maneras de ejecutar la transacción judicial y extrajudicial

1. Fuentes nacionales del artículo 1312
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VII
TRANSACCIÓN

Transacción. Concepto, naturaleza jurídica, importancia, efectos y valor

Artículo 1302.- Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada.

1. Fuentes nacionales del artículo 1302

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 34, Título XIV, Partida Quinta: «*Verdaderos pleytos mueuen los omes a las vegadas unos contra otros, e aquellos a quien fazen las demandas, amaparandose escatimosamente dellos, de manera que por el enojo que reciben del alongamiento del pleyto, e por miedo que han los demandadores de perder sus demandas, auienense con los demandados, e quitanles alguna partida del debdo que les demandauan, o fazen otras posturas de nueuo, que non son a su pro. El porende dezimos, que la auenencia, e el pleyto que assi fuesse fecho, que deue ser guardado, también por la una parte, como por la otra*».

La Recopilación de Indias, Ley 5, Título X, Libro V, también se refería al tema, cuando prescribía: «*Ordenamos que las transacciones se ejecuten conforme a derecho y leyes de estos Reynos de Castilla*».

El artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

El tema sí es abordado por el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, que trataba la materia en sus artículos 1386: «La transacción es un contrato por el que las partes terminan un pleito comenzado, o evitan uno o muchos por comenzarse. Este contrato debe ser escriturado»; 1392: «Las transacciones no arreglan sino las diferencias que están comprendidas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en ellas, sea que las partes hayan manifestado su intención por expresiones especiales o generales, sea que se conozca ésta por una consecuencia necesaria de lo que se ha expresado»; 1394: «Las transacciones tienen entre las partes transigentes la fuerza y autoridad de cosa juzgada. No pueden ser destruidas por causa de error de derecho, ni por razón de lesión»; y 1398: «La transacción sobre un pleito terminado por una sentencia pasada en la autoridad de cosa juzgada de que las partes o una de ellas no haya tenido conocimiento, es nula. Si la sentencia ignorada por las partes podía aún ser apelable o suplicable, la transacción será válida».

Por su parte, el Código Civil de 1852 legislaba la materia en sus artículos 1702: «Transacción es un contrato por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso ó litigioso, evitan el pleito que podía promoverse, ó finalizan el que está principiado.— Puede transigirse entre presentes ó ausentes, por los mismos interesados, ó por apoderados con poder especial»; artículo 1706: «Para que la transacción sea válida se requiere: 1º Que las partes que transigen tengan la capacidad de disponer libremente de los objetos comprendidos en la transacción; 2º Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas ó litigiosas; 3º Que las partes se prometan, cedan ó den algo»; 1710: «No se comprende en la transacción sino lo que se ha expresado por las partes, sea que la intención de ellas, se hubiese manifestado en términos generales ó especiales, sea que se conozca esta intención por una consecuencia necesaria de lo expresado.— La renuncia que se haga de los derechos, acciones y pretensiones, se entiende que no es sino de lo relativo á la disputa que dio lugar á la transacción»; y 1721: «Las transacciones en que no hayan concurrido los requisitos del artículo 1706, son nulas».

El Proyecto de Código Civil de 1890 consideraba el tema en sus artículos 3013: «Transacción es un contrato, por el que dos o más personas, decidiendo de común acuerdo algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que pudiera promoverse o finalizan el que está principiado»; 3014: «Para que la transacción sea válida, se requiere: 1º Que las partes que transigen, tengan capacidad de disponer libremente de los objetos comprendidos en la transacción; 2º Que las cosas, sobre las cuales se transige, sean dudosas o litigiosas; y 3º Que las partes se prometan, cedan, den o renuncien a algo»; 3015: «No se comprende en la transacción, sino lo expresado por las partes, sea que la intención de ellas se haya manifestado en términos generales o especiales, sea que se conozca esa intención por una consecuencia necesaria de lo expresado.— No se entienden renunciados otros derechos, acciones y prestaciones, sino los que se refieren a la duda o disputa que dio lugar a la transacción»; y 3029: «La transacción extingue los derechos que las partes han renunciado, y tiene para ellas autoridad de cosa juzgada».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en sus artículos 288: «Por la transacción dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse o finalizan el que está promovido»; 291:

«Para que la transacción sea válida se requiere: 1°.- Que las partes que transigen tengan la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.— 2°.- Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas.— 3°.- Que las partes se prometan, cedan o den algo»; y 305: «La transacción produce entre las partes los efectos de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial».

El Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, abordaba la materia en sus artículos 276: «Por la transacción dos o más personas, decidiendo de común acuerdo sobre algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podía promoverse o finalizan el que está promovido»; 279: «Para que la transacción sea válida se requiere: 1° Que las partes que transigen tengan la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.— 2° Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas.— 3° Que las partes se prometan, cedan o den algo»; y 291: «La transacción produce los efectos de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial»; en tanto el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hacía en el artículo 288: «Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1307: «Por la transacción dos o más personas deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse, o finalizando el que está promovido».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 disponía en el artículo 170 lo siguiente: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está promovido»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 157: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso.— Con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1320: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso.— Con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1269: «Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún punto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.— Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.— La transacción tiene valor de cosa juzgada».

2. Análisis

2.1. Consideraciones preliminares

Al iniciar nuestros comentarios acerca de la transacción como medio extintivo de las obligaciones, se requiere tener en claro los atributos de las demás figuras extintivas, ya que la transacción reviste mayor complejidad y riqueza, por lo que suele ser objeto de confusión y, eventualmente, de conceptos erróneos.

No obstante esta afirmación, no caeremos en el lugar común de afirmar que la transacción constituye (después del pago, en estricto) la figura extintiva más relevante, pues todos los medios extintivos tienen igual importancia, como también ocurre con los contratos de toda clase. La mayor o menor complejidad, así como la mayor o menor frecuencia en su empleo, no hacen a una figura o institución necesariamente más o menos importante que las demás, puesto que en el momento y caso específico en que es necesaria y se acude a ella, en ese preciso instante ésa es la más importante de todas, ya que en principio ninguna otra podría cumplir sus objetivos concretos. Cualquier modo de realizar algún acto al interior de la autonomía privada reviste en todos los casos el mayor interés.

Si bien se considera que el pago es el medio extintivo de las obligaciones idóneo por excelencia, y hasta se le reputa como el más importante, en realidad sólo lo es en términos relativos, por implicar que la prestación objeto de la obligación se ejecuta de acuerdo a los términos convenidos originalmente, lo que determina la extinción de la relación obligatoria. Decimos que sólo en términos relativos el pago constituye el medio de extinción ideal porque muchas veces a una de las partes, o incluso a ambas, le es más conveniente recurrir a otro tipo de solución.

En efecto, no es extraño que varíen las circunstancias entre la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución. Estas circunstancias pueden corresponder tanto al ámbito personal de los propios contratantes, como a situaciones externas que influyan directamente sobre la relación contractual habida entre ambos. Y no nos referimos únicamente a la imposibilidad de cumplimiento[2478] o a los supuestos que conducen a una excesiva onerosidad de la prestación[2479], sino

2478 Artículo 1431.- En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene en imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido.
Empero, las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor.

2479 En nuestro ordenamiento civil, si en los contratos conmutativos de ejecución continuada, en los contratos conmutativos de ejecución inmediata (cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella) o en los contratos aleatorios (cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato) la prestación llegase a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada tiene la facultad de solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Pero si esta solución no fuera posible debido a la naturaleza de

a que las partes decidan que un cambio es necesario o deseable dentro de lo acordado. O que, en términos del análisis económico del Derecho[2480], sea más ventajoso incumplir (teoría del incumplimiento eficiente), es decir, que el «rompimiento» del contrato se considere más eficiente que su cumplimiento en los casos en que el costo exceda los beneficios de su cumplimiento para todas las partes involucradas. Esto ocurre cuando surge una contingencia (inesperada, por cierto) que cambia la situación de tal forma que los recursos necesarios para cumplir la prestación sean más valiosos en otro uso alternativo. Este no constituirá un modo formal de extinción de obligaciones, pero se trata de una fuente de las obligaciones (es el caso de que la parte prefiera asumir la responsabilidad derivada de su incumplimiento, resarciendo a su contraparte, que cumplir la obligación, lo cual le resultaría menos beneficioso) que, finalmente, conducirá a una extinción de las obligaciones originalmente creadas por contrato.

De igual forma, una persona puede considerar más provechoso, satisfactorio o deseable (las razones son de toda índole) no recibir la contraprestación que se le adeuda y por ello condonar la obligación de su deudor (naturalmente con asentimiento de éste), en lugar de hacer efectivo el pago. En este caso, tal vez el más extremo dentro de los modos de extinción de obligaciones (por romper con la estructura del sinalagma y «desigualar» las prestaciones); resulta que no es el pago el modo idóneo, sino exactamente lo opuesto, vale decir, el no pago.

Por ejemplo, el pago puede convertirse en un inaceptable modo de extinción cuando se dan los requisitos necesarios para oponer una compensación. Precisamente la compensación tiene como finalidad evitar un inútil doble pago, así como cumplir una singular función de garantía.

Y hablando de inutilidad e ineficiencia y, desde luego, de imposibilidad en los modos de extinción de las obligaciones, el ejemplo más claro es el de la consolidación. Suponer que el pago podría ser adecuado en este contexto sería simplemente irracional.

En cuanto a la novación (particularmente en su aspecto objetivo, ya que el subjetivo es menos usual), ella constituye una de las figuras de mayor uso en la práctica, a pesar de que cuando se presenta, con alguna frecuencia pasa inadvertida para las partes. Por tal circunstancia, muchas veces no existe conciencia por la sociedad en general sobre la importancia de este medio extintivo, pero a la vez creador de obligaciones.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

la prestación, a las circunstancias, o si lo solicitara el demandado, el juez puede decidir por la resolución del contrato.

2480 Sobre este tema, consultar la obra de Castillo Freyre Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.

Por otro lado, es evidente que el mutuo disenso en ciertos casos constituye la solución ideal para los contratantes, ya que ocasionalmente la continuación de la relación contractual podría ser perjudicial para ellos.

Resumiendo, a pesar de que en teoría sólo el pago, en estricto, es el modo «idóneo» de extinción de obligaciones, en el terreno práctico no hay un solo modo idóneo de extinción de obligaciones, salvo el que corresponda a cada caso en particular. Afirmar lo contrario determinaría, por ejemplo —y en un plano analógico—, que pudiera considerarse al contrato de compraventa como más idóneo que el contrato de obra o que el contrato de hospedaje.

Nuestras reflexiones iniciales obedecen a que continuamente se someten las figuras del Derecho a comparaciones entre sí, y consideramos que es tiempo de zanjar esta cuestión, ya que de existir —en cualquier ámbito— una figura idónea, las demás no tendrían razón de existir, y eso, a todas luces, constituiría una falacia.

La transacción, como mencionamos al inicio de este análisis, es una figura bastante compleja, tal vez la más compleja dentro de los modos de extinción de obligaciones. Comentaremos acerca de su importancia en la vida práctica, además de las doctrinas que la han delimitado, su tratamiento en el Código Civil y su regulación en el Código Procesal Civil.

No dudamos en afirmar que la importancia práctica de la transacción es enorme, puesto que no sólo se trata de un medio extintivo de obligaciones, sino que comprende aspectos particulares que la delimitan como una de las figuras más ricas y complejas de nuestro ordenamiento jurídico. Su utilidad, por otra parte, ha venido siendo asumida por la sociedad en general, ya que las personas suelen recurrir a la transacción para solucionar sus controversias.

Todos conocemos la antigua y siempre vigente frase «Más vale un mal arreglo que un buen juicio». Ignoramos su origen; es más, tal vez resulte imposible determinarlo. Pero de lo que sí estamos seguros es que quien la pronunció por primera vez debe haber conocido lo complejo, costoso e incierto de un proceso judicial.

Y aunque el verdadero Derecho, el Derecho vivo, se halla en el sistema judicial, ya que es ahí donde se administra justicia, lamentablemente en sociedades tan grandes, dinámicas, pluriculturales y heterodoxas, este importantísimo órgano se encuentra singularmente recargado y con frecuencia no responde a los requerimientos y demandas privadas. Es por ello que cobra utilidad e importancia, cada vez con mayor ímpetu, la transacción.

No obstante, hasta el presente siglo se ha considerado como poseedora de un toque de distinción a aquella persona de clase socio económica alta que se mantenía como litigante. En términos generales todos saben —y sabían— que un proceso judicial implica sacrificios económicos muchas veces no recuperables y, particularmente, el gasto más oneroso: el tiempo. Por otro lado, es vocación de la gran mayoría de seres humanos convivir de manera pacífica, lo que se perturba con la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

proliferación de litigios. Dentro de esta situación de conflicto y disputa no sólo se ve afectado el patrimonio de los litigantes sino, en ocasiones, hasta su salud física y mental. Finalmente, lo más probable es que una de las partes (o incluso ambas) quede insatisfecha con los resultados del proceso.

La transacción en materia procesal no sólo ayuda a las partes a solucionar sus diferencias en un juicio, sino también en un arbitraje, al cual hubieran podido recurrir, justamente, en la búsqueda de obtener justicia de un modo más expeditivo. Sin embargo, los gastos en que incurren las partes no distan mucho en uno y otro caso, ya que por lo general tanto los honorarios profesionales de los árbitros miembros del tribunal arbitral, como los gastos administrativos de la entidad encargada de organizar y supervisar el arbitraje son considerables.

Como es evidente, el malestar de las partes se origina cuando éstas se encuentran en abierta discrepancia sobre algún tema o problema relativo a sus relaciones civiles, comerciales o de cualquier otra índole. A ambas les resulta conveniente —en muchos casos— solucionar sus diferencias de una manera amistosa y responsable, lo que ocurrirá con mayor frecuencia cuando las dos vean claro que les asiste recíprocamente algo de razón, y que en un proceso judicial o arbitral una de ellas podría resultar victoriosa por el íntegro, lo cual implicaría una situación de pérdida absoluta para la otra. De esta forma, muchas veces puede resultar más sensato transigir antes que optar por la vía del proceso judicial o arbitral.

Asimismo, en términos generales, la transacción constituye un componente altamente relevante en la vida diaria de los seres humanos, entendido en un sentido que excede la acepción estrictamente jurídica del término. La cotidianeidad en términos sociales implica que cada uno de nosotros transija permanentemente, al tolerar conductas o comportamientos de aquellas personas que nos rodean o con quienes tenemos que tratar o convivir. Siendo el hombre un ser básicamente social, no hacerlo lo obligaría a recluirse en una especie de voluntario ostracismo. No hay transacciones ni hay Derecho en la isla de Robinson Crusoe. Vivimos transando y porque transamos sobrevivimos.

2.2. Concepto

La Real Academia Española[2481] define a la «transacción» como «acción y efecto de transigir» y, por extensión, «trato, convenio, negocio».

Transigir[2482] se define como «Consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de acabar con una diferencia». También como «Ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa».

2481 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 1330.
2482 *Idem.*

De este mismo parecer es Guillermo Cabanellas[2483], quien define a la transacción, en su primer significado, como «concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia»[2484].

El Código Civil peruano de 1984 también adopta un concepto restringido de transacción, pues cuando utiliza este término se refiere a un medio extintivo de obligaciones, y no lo emplea en su acepción más amplia, esto es, como un negocio o acuerdo entre las partes[2485].

La transacción ya existía en el Derecho romano y su denominación actual deriva del verbo latino *transigere*, que significa arreglar una controversia, o concluirla por acuerdo entre las partes. Aunque, como hemos expresado, en el sentido vulgar se aluda con el vocablo «transacción» a toda clase de convenciones, en su significado jurídico estricto, coincidente con su etimología, se designa al acto jurídico cuya finalidad inmediata es la de extinguir obligaciones o relaciones jurídicas litigiosas o dudosas.

El artículo 832 del Código Civil argentino define a la transacción como «un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas». Luis de Gásperi[2486], comentando este precepto, que fue inspirado en la obra de Aubry y Rau y en el artículo 1196 del Proyecto de Freitas, manifiesta que se resiente de la insuficiencia notada en el artículo 2044 del Código Civil francés, en cuanto limita los fines de la transacción a extinguir obligaciones litigiosas ya nacidas o a precaver litigios eventuales.

El citado profesor paraguayo considera —con acierto— que la transacción podría (y debería) tener por objeto no sólo relaciones jurídicas obligatorias, sino también las reales, familiares o sucesorias que estén dentro de las facultades de disposición de las partes y pueda, además, mirar a su reconocimiento y cumplimiento. De esta forma no sería posible, desde luego, transigirse sobre la existencia o validez del matrimonio, materia ajena a las facultades de disposición de los particulares.

2483 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VIII, pp. 163-165.

2484 El mismo Cabanellas se encarga de efectuar un desarrollo acerca de los diversos significados de la palabra transacción, al igual que analizar, entre otros temas, su concepto en el Derecho Civil, su naturaleza, sus semejanzas con la conciliación, su ámbito y las bases institucionales de la transacción.

2485 La posición de nuestro ordenamiento civil respecto de este concepto puede verse claramente a través de una revisión sistemática del articulado del Código Civil, cuyas normas pertinentes (además de aquéllas en las que se regula orgánicamente a la transacción) son los artículos 167, 448, 487, 1179, 1188, 1455, 1500, 1652 y 1889.

2486 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, pp. 213 y 214.

Llambías[2487] señala que, en un sentido vulgar, transacción es cualquier convenio, concierto o pacto entre dos personas, como por ejemplo una transacción inmobiliaria que alude a la negociación referente a un inmueble, o las transacciones mercantiles que se realizan en las bolsas de comercio; pero agrega que no es con ese significado que se emplea esta expresión en el lenguaje del Derecho. En un sentido técnico —dice— la transacción es un convenio específico, que se define por su finalidad y por los medios escogidos para alcanzarla; el fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquel resultado, por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamientos.

En su acepción cotidiana, la palabra transacción se emplea para designar toda clase de convenciones. Como manifestamos al inicio de este análisis, se transige diariamente, en muchos ámbitos; por ejemplo, se habla en este sentido de las transacciones de la bolsa, de transacciones financieras, de la industria o del comercio, etcétera. Pero en su sentido jurídico, si bien en cuanto al fondo hay identidad en la definición, la palabra transacción tiene un alcance bastante más restringido, puesto que lo enfoca a un acto jurídico cuya finalidad es resolver mediante concesiones recíprocas, un asunto dudoso o litigioso.

Moisset de Espanés[2488] señala que la transacción es un medio de solucionar no solamente un diferendo entre acreedor y deudor, sino que también es un medio de poner fin de manera definitiva, por ejemplo, a derechos reales, a derechos sucesorios. Puede tratarse no sólo de obligaciones, porque con eso quedará empequeñecida la cuestión; resulta más correcto hablar de situaciones jurídicas dudosas, o situaciones jurídicas que están sometidas a pleito, que pueden pertenecer tanto al derecho de obligaciones como al derecho real o al derecho sucesorio.

El Código Civil brasileño de 1916, en su artículo 1025, establecía que es lícito a los interesados prevenir o terminar el litigio mediante concesiones mutuas. Levenhagen[2489], comentándolo, señala que este precepto da la conceptuación técnico-jurídica de la transacción, que difiere sensible y sustancialmente de la que de manera común se le da, pues en sentido vulgar transacción es cualquier negocio, como una venta, una permuta, un acuerdo, etcétera, es decir, es una convención principalmente de carácter económico, como son las transacciones bancarias, comerciales, inmobiliarias. Ya en sentido jurídico propiamente dicho, transacción (como expresamente dispuso el artículo 1025) es el acto jurídico por el cual los interesados previenen o terminan el litigio mediante concesiones mutuas.

2487 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, pp. 71 y 72.
2488 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 154.
2489 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 163.

El Primer Pleno Casatorio Civil realizado el 22 de enero de 2008 ha definido también la transacción: «10. Para nuestro ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía».[2490]

En otras palabras, la transacción, como acto jurídico que es, debe reunir condiciones legales, algunas de las cuales son comunes a cualquier acto jurídico, pero otras —como la objeción sobre la relación jurídica y las concesiones mutuas— son específicas para su caracterización.

Respecto a estas dos características particulares de la transacción, debemos destacar que se trata del eje sustancial (y no meramente formal) de la figura. Hay códigos civiles que plasman este aspecto. Por ejemplo, el Código Civil alemán (BGB) es bastante expresivo al mencionar el factor incertidumbre sobre su relación jurídica, elemento sustancial para entender el concepto e importancia de la transacción. Así, en su artículo 779, define a la transacción como un acuerdo por el que se termina por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho. Asimismo, el Código polaco de las Obligaciones también incide sobre este aspecto psicológico, crucial para la existencia de la transacción, y así vemos que en su artículo 621 establece que las concesiones recíprocas pueden tender a concluir un litigio existente, prevenir un litigio a producirse, suprimir la incertidumbre respecto de las pretensiones derivadas de una relación jurídica o asegurar su realización.

Podemos decir que, por medio de la transacción, las partes transforman un estatus jurídico inseguro por otro seguro, a través de sus mutuas concesiones.

La jurisprudencia nacional también ha señalado que: «Transacción es un acto jurídico bilateral y consensual donde, al hacerse mutuas y recíprocas concesiones, las personas extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, constituyendo el documento privado que la contenga un título ejecutivo»[2491].

2.3. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica de la transacción, existen tres posiciones que intentan explicarla en función del ángulo desde el que la enfocan. Una primera considera que es un contrato o una convención; una segunda estima que se trata

2490 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 955-956. [Texto correspondiente a la tercera edición]
2491 Expediente n.° 1588-2005-Lima.

de un acto jurídico bilateral; y una tercera, a la que se adhiere el Código Civil peruano de 1984, la ubica como un medio extintivo de obligaciones.

2.3.1. La transacción como contrato

Parte importante de la doctrina y de las legislaciones[2492] consideran a la transacción como un contrato, sujeto a las disposiciones de carácter general que rigen a éstos (la capacidad, el objeto, el modo, la forma, la prueba y la nulidad).

En general, se concuerda sobre este punto que el origen de la transacción como contrato se encuentra en el artículo 2044 del *Code*, norma positiva que la define como un contrato en el que se da una renuncia recíproca de las partes. No se trata de una renuncia simple, ni de un desistimiento, ni de una condonación, sino de un sacrificio mutuo de las partes respecto a sus pretensiones, es decir, de concesiones recíprocas. De esa forma, la transacción no es otra cosa que un contrato consensual, bilateral (es decir, sinalagmático), declarativo y no traslativo de derechos, indivisible (no admite nulidades parciales) y que —en cierta medida— participa de los caracteres de la cosa juzgada.

Pero es conveniente anotar que su verdadero origen se remonta a los romanos, para quienes las concesiones recíprocas eran un requisito de adquisición de un derecho indiscutible mediante la transacción (*transactio, nullo dato, vel retento seu promisso, minime procedit*)[2493].

Quienes ubican a la transacción dentro de los contratos, y no dentro de los modos de extinción de las obligaciones señalan que la transacción no se limita a esta última función, sino que, por el contrario, puede tener el objeto de que las obligaciones se cumplan y reconozcan. Y en este punto no les falta razón.

Sin embargo, definir a la transacción como un contrato en algunos casos ha sido dejado de lado, como en Argentina. Así, el Proyecto de la Comisión argentina de Reformas al Código Civil, en su artículo 1342, ubicaba a la transacción como un contrato, pero Vélez Sarsfield, influido por la autoridad del Código austríaco (artículo 1380), del Landrecht prusiano, y del Proyecto de Freitas (artículo 1196), se apartó de aquel método. Siguiendo la línea de aquéllos, es decir, concibiendo a la transacción como un acto jurídico (cuya noción, como sabemos, va más allá que la del contrato), Vélez Sarsfield la ubicó inmediatamente después de la confusión

2492 A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes Códigos: el francés (artículos 2044 a 2058), el alemán (artículo 779), el polaco (artículo 621), el italiano de 1942 (artículo 1965), el venezolano de 1942 (artículos 1713 a 1723), el mexicano de 1927 (artículo 2944), el uruguayo (artículo 2147), el chileno, el boliviano de 1976, el Proyecto de Reforma argentino de 1936, etcétera.

2493 Recordemos que el concepto de sinalagma proviene de la filosofía griega, como premisa primordial de la justicia conmutativa, que formaba parte del concepto de justicia particular que concibió Aristóteles. Los romanos tomaron este y otros preceptos, como sabemos, de los principios griegos de justicia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(para nosotros consolidación), entre los modos de extinción de las obligaciones, aunque no de todas ellas sino de las de carácter dudoso o litigioso.

Para De Gásperi[2494], quienes sostienen que la transacción es algo más que un modo de extinguir obligaciones, tienen razón, pero no la tiene menos el Código de Vélez Sarsfield en cuanto la define como acto jurídico, que siendo una idea más general y más amplia que la de contrato, no impide que lo sea. Pero este autor considera tal vez un exceso de ambigüedad situarla como un acto jurídico, ya que la transacción reviste carácter netamente contractual y, por lo tanto, debe ocupar lugar entre las figuras de este género. Lo propio opina respecto de la novación, que debería ubicarse entre los contratos extintivos, como la renuncia y la rescisión. Para el profesor De Gásperi, estos cambios convendrían a la economía de un Código.

Vemos que tales consideraciones están provistas de buenos argumentos, ya que las concesiones recíprocas implican renuncias recíprocas de derechos, de donde se desprende su carácter sinalagmático: una de las partes es titular de un derecho dudoso o litigioso y hace abandono o condonación parcial o total; la otra parte, quien se ve beneficiada por esta concesión, en virtud de la reciprocidad (o sinalagma) se obliga a cumplir una prestación determinada (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, o una combinación de éstas) en beneficio de la primera. Y como contrato sinalagmático, la obligatoriedad de cada prestación está en función del cumplimiento de la otra parte. Es así como la pretensión renunciada o condonada se encuentra expuesta a la *exceptio non adimpleti contractus*, lo que equivale a decir que subsiste en tanto la prestación prometida a cambio no sea cumplida.

Según De Gásperi[2495], si lo que se promete a cambio del derecho renunciado es una suma de dinero o una parte alícuota de las cosas litigiosas, el contrato será conmutativo. Si, en cambio, lo que se promete depende de un suceso fortuito, como una renta vitalicia, la transacción será aleatoria, porque el valor del derecho renunciado será incierto.

Por su parte, Larenz[2496] sostiene que la modificación de una relación obligatoria puede ocurrir también por medio de una transacción, ya que éste es un contrato por el cual se elimina, por medio de recíprocas concesiones, el litigio o la inseguridad (si bien solamente entre los interesados) acerca de una relación jurídica. La relación jurídica controvertida puede ser una relación obligatoria u otro tipo de relación jurídica (como, por ejemplo, un derecho real, o una pretensión de derecho sucesorio), siempre que los participantes en ella puedan disponer de ésta. Larenz, sin embargo, limita las transacciones a lo que afectan a la relación obligacional. Toda relación de deuda —e igualmente las pretensiones individua-

2494 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, tomo III, pp. 214 y ss.

2495 *Ibidem*, pp. 215 y ss.

2496 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, pp. 136-139.

les derivadas de éstas— puede ser objeto de transacción cuando acerca de ella se origine un litigio o una incertidumbre.

Esta visión de la relación obligatoria como un todo y no fraccionadamente, sobre el cual se realiza la transacción también como un todo (así, las disposiciones necesarias a tal fin —reconocimientos, remisiones—, como la eventual aceptación de obligaciones accesorias, están contenidas también en la transacción, sin que para ello se requieran especiales «actos de ejecución»), es bastante interesante y, a nuestro entender, acertada, ya que de lo contrario cabrían impugnaciones parciales respecto de cada concesión, complicando aún más la relación jurídica y esto, a todas luces, resultaría peligroso y no conduciría a esta figura a su razón de ser: solucionar conflictos armoniosamente.

Por su parte, Rezzónico[2497], refiriéndose a la naturaleza de la transacción, apunta que el artículo 832 del Código Civil argentino señala que ella es un acto jurídico (porque tiene por objeto extinguir obligaciones) y bilateral (porque requiere concesiones recíprocas, es decir, concurso de voluntades). Pero este autor considera que su naturaleza es contractual, debido a que el propio Código argentino la remite, en su artículo 833[2498], a los contratos. Además, siguiendo la pauta de identificar la voluntad del legislador, para lo cual se remonta al *Code*, Rezzónico recuerda que Aubry y Rau y Baudry-Lacantinerie, entre otros, opinan que la transacción presenta los caracteres de un verdadero contrato, porque ella tiene por objeto regular los derechos de las partes.

En efecto, por las razones señaladas podríamos concluir que la transacción es un contrato, ya que presenta características no sólo afines, sino identificables con éste: es consensual (se celebra mediante el acuerdo libre y voluntario de las partes); es bilateral, porque impone a las partes obligaciones recíprocas (sinalagmático); es a título oneroso (conmutativo o aleatorio, según los casos, por lo mismo que es sinalagmático); y, finalmente, es formal, puesto que su existencia depende de la observancia de la forma prescrita (*ad solemnitatem*).

Como sabemos, siguiendo la línea conceptual de nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la clasificación de los contratos de acuerdo a su función, éstos pueden ser (a) constitutivos, (b) reguladores, (c) modificatorios y (d) extintivos. La transacción, entonces, sería un contrato que estaría destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, naturaleza contractual que se deriva claramente de la lectura de los artículos 1302 y 1351 del Código Civil peruano. Constituye, además, la penúltima forma de extinción de las obligaciones que consigna el Código Civil de 1984.

2497 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, pp. 1026 y 1027.

2498 Artículo 833.- Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título.

Decimos que la transacción es un contrato creador, regulador, modificatorio o extintivo de obligaciones, por cuanto, por esta vía, las partes pueden solucionar sus diferencias, ya sea creando obligaciones distintas a las anteriormente contraídas, o regulando, modificando o extinguiendo las ya existentes, con el propósito de que con las precisiones que se efectúen se superen los problemas que amenacen conducir a un proceso judicial o a la continuación de éste[2499].

2.3.2. La transacción como acto jurídico

Hay autores para quienes la transacción difiere en su naturaleza a la del contrato, debido a que, al igual que la novación y el pago, la transacción constituye un acto jurídico bilateral cuyo fin es la liberación. Es decir, se trata de una convención liberatoria y no de un contrato, ya que extingue obligaciones, en lugar de hacerlas contraer (que sería el efecto propio de un contrato). Son de esta opinión los profesores Llerena, Colmo, Lafaille, Levenhagen y Boffi Boggero, entre otros.

Lafaille[2500] considera que la transacción no es propiamente un contrato y sí un «acto jurídico bilateral», según lo denomina el artículo 832 del Código Civil argentino. Podría, cuando mucho, dentro del léxico que admite Lafaille, formar una «convención», concepto genérico, pero no un «contrato», vocablo que no debe aplicarse a los acuerdos de voluntades destinados a extinguir obligaciones, y así podría mantenerse para esta última palabra el carácter de fuente específica y principal de los derechos creditorios.

Expresa Lafaille que la gran semejanza que ofrecen ambas categorías, explica sin dificultad el artículo 833 del Código de Vélez Sarsfield, así concebido: «Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre los contratos respecto a la capacidad de contratar, al objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones contenidas en este título», resultado que Lafaille estima se hubiera obtenido no obstante el silencio de la ley, a mérito de la conocida regla inserta en el artículo 16 de dicho Código.

2499 Sabemos que al decir «regular» un contrato no se está incluyendo o abarcando la idea de «modificarlo», puesto que la regulación carece del alcance que significa cambiar lo existente. La modificación implica pues un cambio en lo establecido por contrato entre las partes, pero debemos tener presente que este cambio no es total sino solamente parcial, y hasta cierto punto accesorio (pues no se altera lo sustancial). Manuel de la Puente (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo I, pp. 87 y 88), refiriéndose a la regulación de un contrato, señala que «Un contrato puede precisar los alcances de la relación jurídica creada por una fuente de las obligaciones, especialmente por un contrato previo, bien sea interpretando la fuente de la relación jurídica [...] o bien estableciendo reglas de detalle (procedimiento de ejecución, modalidades del ejercicio de los derechos, plazos para el cumplimiento, etc.), que sin constituir una modificación no estaban precisados en la relación jurídica original. La práctica revela cuán a menudo las partes obligadas consideran conveniente regular los alcances de sus respectivas obligaciones, sin aumentarlas, disminuirlas, o, en general, cambiarlas».
Finalmente, debemos señalar que el profesor Moisset de Espanés se adhiere a esta corriente de pensamiento. (Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 104).

2500 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 399 y 400.

Agrega el citado tratadista que varios de los autores de su país consideran esta figura, en realidad, un contrato, pero, según su criterio, no toman en cuenta que si tal hubiera sido el pensamiento de Vélez Sarsfield, no se hubiera expresado en la forma que resulta del artículo 832, ni tampoco habría tenido ninguna razón para formular el texto comentado. Para quienes sustentan la doctrina impugnada, esta figura forma parte de los contratos consensuales, a título oneroso y sinalagmáticos.

Para Levenhagen[2501], si bien la naturaleza jurídica de la transacción encuentra en la doctrina y en el mismo Derecho Internacional fuerte antagonismo —puesto que hay quienes la conceptúan como contrato (contrato sinalagmático, consensual y a título oneroso)—, él considera que no obstante exigirse, para su existencia legítima, los mismos elementos imprescindibles que para los contratos (como la capacidad, objeto lícito, consentimiento válido, etcétera), otras condiciones especiales deben integrarla y, entonces, siendo un acto jurídico, no puede ser incluida entre las formas de contratos, pues éstos crean obligaciones y la transacción apenas adecua situaciones en cuanto a derechos ya existentes, ya creados.

Sin perjuicio de un posterior análisis, creemos que es indudable que la transacción es un acto jurídico, sin que esta consideración impida que también sea un contrato.

2.3.3. La transacción como medio extintivo de obligaciones

Como sabemos, la transacción no es regulada por el Código Civil peruano como un contrato o como un acto jurídico bilateral (en estricto), sino como una de las formas de extinción de las obligaciones, al igual que el Código Civil de 1936, el cual modificó en este punto al Código Civil de 1852, que la colocaba dentro de los contratos[2502]. Se identificó como momento preponderante de la transacción al extintivo de las obligaciones, por lo que se consideró más adecuado ubicarla en ese rubro que en el de los contratos.

2501 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 164.

2502 Resulta de interés conocer el argumento preponderante en que se basó la Comisión para optar por este cambio (Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo VI, pp. 112 y 113):
«Si la transacción es el acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, es forzoso convenir en que la transacción no es propiamente hablando un contrato sino un verdadero modo de extinguir obligaciones. Algo más que esto: la transacción es un modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se pueden extinguir derechos reales y derechos hereditarios. La transacción es contrato en cuanto representa el resultado de la concordia de las voluntades; pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorias preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones y está mejor ubicada la institución en el plan del Anteproyecto, que en la Sección del Código vigente que se ocupa de los contratos».

León Barandiarán compartía este planteamiento[2503]. Las razones esgrimidas por el tratadista peruano enfocaban el tema desde el mismo ángulo, es decir, si bien la transacción era abordada por la generalidad de los cuerpos legales como un contrato, había códigos (Austria, Argentina y Brasil) que ya la legislaban como un medio de extinguir las obligaciones, debido a que en realidad este último carácter es el resaltante en ella. Y añadía que, de acuerdo con ese criterio, se llegaba a la conclusión de que no podía reputarse a la transacción como un contrato *stricto sensu*, porque un contrato crea derechos y obligaciones; en cambio, la transacción sólo es declarativa de derechos.

Continuaba León Barandiarán manifestando que, si se considera a los contratos en su sentido más amplio, la transacción podría ser calificada como tal. Pero en realidad de esta forma se mengua la verdadera importancia de la transacción, que es, en el fondo, que las partes mismas se hacen justicia, resolviendo sus conflictos sin intervención de la autoridad pública o de terceros.

La Comisión Revisora del Código Civil peruano[2504], al ubicar a la transacción como un medio de extinción de obligaciones, de la misma forma que el Código anterior (1936), siguió el siguiente razonamiento: primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto; de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas[2505]; de otro lado, y aquí radica su base diferencial, la transacción es una forma de extinguir obligaciones porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la transacción. Los argumentos, pues, son similares a los que impulsaron al legislador del Código de 1936 a colocar a la figura en este rubro. Se trata de focalizar su ámbito de aplicación. Así, nos apartamos de las soluciones legislativas consagradas por los códigos civiles de Francia, Italia, Holanda, España, México, Uruguay, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Alemania y el Código de Obligaciones de Polonia.

Cuestionando la ubicación de la transacción como un medio extintivo de obligaciones, Alterini, Ameal y López Cabana[2506] critican la metodología que el

2503 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 555 y 556.

2504 Bigio Chrem, Jack. «La transacción. Exposición de Motivos del Código Civil». En diario oficial *El Peruano*. Separata especial. Lima, lunes 3 de diciembre de 1990, p. 5.

2505 Este razonamiento procede de una lógica limpia: la naturaleza contractual de la transacción se desprende de la definición que el artículo 1351 del Código Civil establece del contrato. Entonces, siendo el contrato el acuerdo de dos partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, la transacción se encuadra dentro de los alcances de esta definición. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302 del Código Civil, según el cual se admite que la transacción pueda crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de las que son objeto de controversia.

2506 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, pp. 349 y 350.

Código Civil argentino ha seguido respecto a la transacción, señalando que dicho Código legisla la materia dentro de la parte concerniente a la «extinción de las obligaciones», siguiendo a Freitas, método que adoptaron luego los Códigos del Brasil y del Perú (se refieren al Código de 1936). Asimismo, recalcan que la mayoría de legislaciones adoptaron, en cambio, la directiva del Código Civil francés, que trata a la transacción como un contrato particular.

2.3.4. Nuestra opinión

En opinión nuestra, la transacción es un acto jurídico (qué duda cabe) puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Asimismo, puede ser un contrato, por las mismas razones, esto es, por versar la transacción sobre relaciones jurídicas patrimoniales[2507]. Ambos conceptos no son, pues, excluyentes sino complementarios.

Sin embargo, dado que esta figura supone una relación jurídica previa entre las partes, de la cual ha surgido algún asunto dudoso o litigioso, se trata que, por medio de las concesiones recíprocas (que pueden —desde luego— crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia), se extingan obligaciones mutuas entre las partes. En otras palabras, lo que destaca, el eje central de esta figura, reside en una extinción de obligaciones recíprocas, en una renuncia o concesión de cada una de las partes a su pretensión original. De esa forma se zanja una discrepancia surgida al interior de una relación jurídica obligacional. Por esta razón se le ubica como un medio extintivo de obligaciones, lo cual, repetimos, no implica negarle su condición jurídica de contrato, ni mucho menos de acto jurídico.

Asimismo, la transacción debe reunir, en cuanto a su objeto, las mismas condiciones que la ley prescribe para toda clase de contratos, iguales a las previstas para los actos jurídicos en general. De acuerdo con este criterio, la transacción debe contener, como requisito de validez (además del agente capaz y la observancia de la forma prescrita), un objeto que sea posible, física y jurídicamente, así como un fin lícito. En consecuencia, la transacción precisa tener como objeto bienes o prestaciones que se encuentren en el comercio o, en todo caso, que la ley no haya prohibido transigir sobre ellos, y finalmente, que tal objeto sea determinado, es decir, preciso y cierto.

2507 En términos generales, no se concibe una transacción que no verse sobre cuestiones de índole patrimonial, ya que los derechos u obligaciones extrapatrimoniales son intransigibles, particularmente los relativos al Derecho de Familia, pues estas áreas interesan al orden público. Pero en este último caso pueden darse excepciones, como la que prevé el sistema argentino en su artículo 843 (del hoy derogado Código Civil), al permitir la transacción sobre cuestiones relativas a la validez o nulidad del matrimonio si tal transacción es en favor de su validez (la ley autoriza esta transacción con el fin de favorecer la institución matrimonial). En el Derecho peruano, en cambio, sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4. Importancia

El propósito del legislador de 1984 al robustecer la transacción otorgándole un tratamiento detallado, ha sido facilitar a las partes contar con un medio eficaz para solucionar sus diferencias, es decir, que la transacción constituya uno de los mecanismos ágiles de solución de conflictos sin la intervención de los tribunales de justicia. Por medio de la transacción las partes «se dictan su propia sentencia», ahorrándose los costos (de toda índole) que implica un proceso.

Atendiendo a estas razones de celeridad, economía y eficiencia, el actual Código amplió el ámbito de la transacción y, de esta forma, se ha abierto la posibilidad para que las partes resuelvan sus diferencias, siendo lo más resaltante el que puedan comprender en la transacción a todas sus relaciones jurídicas, sean o no extrañas a la controversia y aun cuando fueren pacíficas. Cabe destacar que se ha otorgado mérito ejecutivo a la transacción celebrada fuera de juicio.

Un aspecto primordial lo constituye el hecho de que la ley peruana no admite la lesión en la transacción, en caso de que hubiese desproporción entre las concesiones recíprocas, puesto que no se exige que las mutuas concesiones sean equivalentes. De esta forma se impide que lo perseguido con esta figura (evitar que un juicio se promueva o prosiga) se pierda por la vía de la lesión, ocasionando a la larga mayores inversiones en tiempo y dinero, y obstaculizando que se cumpla el cometido de la transacción. Según el razonamiento del legislador peruano, admitir la lesión en estos casos importaría reabrir un debate judicial sobre la cuantía de las concesiones mutuas que se hicieron las partes para arribar a la transacción. Sin embargo, tal como se verá más adelante, hay lugar a abrir una discusión sobre los alcances y pertinencia de la prohibición a que estamos haciendo referencia.

Otro cambio introducido en mérito a la importancia de la transacción dentro de las relaciones civiles es el haber atenuado el requisito de la forma necesaria para su celebración, el cual —en el Código vigente— es que ella conste por escrito (bajo sanción de nulidad), sin requerirse la formalidad *ad solemnitatem* de la escritura pública que según algunos autores exigía, en tal condición, esto es, como formalidad insalvable, el Código Civil de 1936.

La doctrina francesa de los exégetas consideraba este contrato como uno de los más útiles entre aquellos establecidos en el Código de Justiniano y el *Corpus Iuris Civilis*, debido a que gracias a él los procesos podían evitarse o terminar amablemente, y así los asuntos que envolvían los intereses más discordantes y ardientes llegaban a resolverse con sentimientos pacíficos. El principio que justifica la existencia de la transacción se reduce, pues, al beneficio de la paz y la tranquilidad, la cual se pierde en los procesos tormentosos: *Melior est certa pax quam sperata victoria.* Por ello es que las leyes le reconocen una autoridad semejante a la judicial.

Troplong[2508], uno de los autores más representativos de la escuela de la exégesis, es enfático al señalar que el proceso es la última ratio y que es necesario que los negociadores hábiles prevengan el escándalo, que atemperen las exageraciones del Derecho, muy dispuesto a exaltarse y a ponerse tirante. Consideraba que se requiere que «los amigos del pleito limiten a este *servius Sulpicius* ponderado por Cicerón, no solamente debido a su ciencia casi divina, sino incluso por sus esfuerzos por conciliar diferencias». Esto no quería decir, como para los satíricos, que la justicia humana no fuese más que un juego de azar y que el magistrado que la administrase se debía al mejor postor[2509].

A decir verdad, la importancia de la transacción es enorme, ya que se extiende, como hemos señalado, a todas las esferas privadas cotidianas, comerciales y hasta al Derecho Internacional, pues los tratados y acuerdos internacionales (en particular los de paz) son verdaderas transacciones en las que los países, luego de delinear los intereses comunes y determinar los asuntos en conflicto, realizan concesiones recíprocas y solucionan sus discrepancias.

El Código Civil chileno, en el artículo 246, define a la transacción como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o previenen un litigio eventual. Sobre la trascendencia de la transacción en ámbitos mayores a éste, Álvaro Ortúzar Santa María[2510] señala que la transacción no se distingue sólo por ser un contrato de carácter privado, como tantos otros que reglamenta el Código Civil, ni tampoco su único objeto es terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual. En realidad, la transacción es en el fondo un significativo gesto de paz, cuya esencia consiste en aceptar, recíprocamente, parte de una pretensión contraria que en principio se rechazaba por injusta, irracional o falsa, obteniendo, a cambio, certeza jurídica y estabilidad permanentes. Si bien la transacción es un contrato, en el sentido de que ambas partes se obligan recíprocamente a dar, hacer o no hacer algo, no es menos cierto también que al transar, las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

2508 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 549.

2509 Como anota Troplong, si este triste retrato reflejó con verdad las costumbres judiciales romanas, es embustero para los tribunales de Francia, los que siempre han sido renombrados por su integridad y por su virtud austera; pero ocurre que los juicios humanos están sujetos a error, la malicia de los litigantes puede sorprenderles, un olvido pasajero, un descarrío involuntario en la razón pueden desvirtuarlos y siempre hay una oportunidad incierta en un proceso, además de la certeza de los tormentos, vejaciones, animosidades, que son más abundantes; por lo cual, la transacción es, desde entonces, la solución más deseable; y constituye un bello pensamiento el de este himno de la Iglesia católica dirigiéndose al Señor para decirle en sus plegarias: *¡Dissolve litis vincula! ¡Astinge pacis foedera!* (*Ibidem*, p. 550).

2510 Ortúzar Santa María, Álvaro. «Nulidad del contrato de transacción en materia civil». En Barros Bourie, Enrique. *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 23 y 24.

Este autor pone énfasis en el ambiente psicológico especial en el que se forma el consentimiento necesario para dar vida a la transacción, el cual, por cierto, es muy distinto al ambiente que se respira al demandar judicialmente. Las partes habían evolucionado entre ellas a un estado de anormalidad en las relaciones humanas como es el de beligerancia, lo cual exige, desde luego, realizar una calificación jurídica de los hechos que motivan la controversia y, en seguida, una calificación moral o ética de la conducta de la otra parte. Sólo después de ello se demanda o se está decidido a demandar. Y ocurre que la transacción detiene ese proceso y lo transforma en un gesto de paz, donde la voluntad avanza en forma inversa a su dirección original, hasta terminar por aceptar parte de lo que antes se repudiaba por injusto, irracional o falso.

Refiriéndose al Código Civil venezolano (como sabemos, el Proyecto de Código del insigne jurista de esa nacionalidad, don Andrés Bello, fue adoptado en Chile íntegramente como Código Civil), en cuanto a cómo regula la transacción, Ortúzar pone énfasis en que el legislador captó la esencia de este particular fenómeno de la voluntad humana, de guerra y paz, y más aún, advirtió los extraños elementos que en su desarrollo se darían cita, pues, al reglamentar la transacción, trece de los dieciocho artículos referidos al tema los dedicó a la validez de este especial contrato.

A modo de resumen, diremos que la transacción es un contrato cuya finalidad es resolver un conflicto por las propias partes mediante concesiones recíprocas; entonces su incidencia se encuentra en dos niveles: en la forma y en el fondo. A nivel formal, la transacción, siendo un contrato, apunta mucho más a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir, a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía.

Etimológicamente, la palabra «resolver» proviene del latín *resolvere*, que significa aclarar, solucionar, solventar. Y es ésa la finalidad primordial de la transacción: resolver uno o varios problemas que se han suscitado entre las partes. Y tal búsqueda de soluciones al conflicto implica un ánimo que da pie a las concesiones recíprocas, ya que, de lo contrario, existiendo conflicto y ninguna intención de ceder, no hay cabida a transacción alguna; las partes en ese caso preferirían iniciar o continuar con la disputa judicial. Recordemos que un factor importante que inclina la balanza hacia la decisión de intentar transigir lo constituye la dosis de incertidumbre en el futuro.

Cada una de las partes, por su propia cuenta, realiza su personal análisis costo-beneficio respecto de lo que implica conservar el problema, llevarlo a los tribunales, continuar el proceso ya iniciado o procurar arribar a una transacción (lo que implica ceder en algunos aspectos), etcétera. Dentro de las variables que manejan las partes en este análisis se encuentran las leyes, los informes de

los respectivos abogados, los informes de peritos (especialistas), el seguimiento estricto de los requisitos procesales de forma, la jurisprudencia, la doctrina, así como afrontar gastos, demoras, malos ratos, temores y, muy especialmente, la terrible incertidumbre acerca del fallo de los tribunales. A menos que una de las partes tenga la «absoluta certeza» de ganar el juicio[2511], es decir, que carezca del elemento de incertidumbre, o que el problema tenga un trasfondo de índole personal[2512], lo más probable es que ambas prefieran, por considerarlo más eficiente, llegar a un acuerdo.

Es entonces cuando las partes deciden buscar entre ellas mismas la solución a su controversia. En el manejo y desarrollo de sus conversaciones conducentes a encontrar una salida pacífica al conflicto conjugarán los elementos antes mencionados, además de sus intereses concretos, sopesando la ubicación y trascendencia de cada uno hasta que se arribe a la fórmula de satisfacción mutua en que la controversia se acabará definitivamente.

Para concluir este tema señalaremos que, en síntesis, la esencia de la transacción reside en una relación jurídica incierta y controvertida, susceptible de derivar en litigio o ya latente judicialmente, que las partes deciden llevar a término en forma definitiva; de esta manera, encausan su voluntad a esa finalidad a través de concesiones recíprocas. Esta última característica, a saber, la voluntad de prevenir o terminar un litigio judicial, traducida en concesiones recíprocas, distingue a la transacción, no solamente de los demás modos de extinción de obligaciones, sino de los otros contratos, aparte de todas las otras formas de conclusión de una controversia, como son, por ejemplo, la sentencia judicial, el allanamiento, el desistimiento de la demanda, el reconocimiento de títulos y hasta el advenimiento o conciliación.

2.5. Asunto dudoso

Luego de haber analizado los aspectos generales de la transacción, esto es, su concepto, naturaleza jurídica e importancia, es momento de ingresar al estudio de sus principales características. Como por medio de la transacción las partes deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso suscitado en su relación jurídica, debemos tener en claro qué significa un asunto dudoso y qué un asunto litigioso.

2511 Estamos colocando el supuesto en sentido figurado, ya que nunca se puede tener, en estricto, la «absoluta certeza» de que se va a ganar un juicio, pues numerosos factores están supeditados al fallo, entre otros, la probanza. Por otro lado, hay una antigua máxima que reza «en un juicio no basta tener la razón sino que te la quieran dar».

2512 Aunque incluso en este caso es difícil que la parte que se siente más «segura» se encuentre en condiciones de afrontar el gasto mayor de un procedimiento judicial, que lo constituye la prolongada demora en el tiempo.

Dudoso es aquello «que ofrece duda», «que tiene duda», «que es poco probable, que es inseguro o eventual»[2513]. Duda es la «suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia». También es una «cuestión que se propone para ventilarla o resolverla». Por último, dudar es «estar el ánimo perplejo y suspenso entre resoluciones y juicios contradictorios, sin decidirse por unos o por otros».

Para Guillermo Cabanellas[2514], dudoso es «Lo incierto. De verdad no comprobada. De insegura falsedad. De acierto o frustración no probados. De éxito muy problemático. De solvencia remota. De interpretación equívoca».

Este mismo profesor[2515] se pronuncia respecto al término «duda», señalando que se trata de «Suspensión o indeterminación de la voluntad o del entendimiento entre varias decisiones o juicios, cuando no se halla estímulo o razón bastante para aceptar o asentir entre los objetos o conceptos opuestos o diferentes. Incertidumbre sobre la verdad de un hecho, noticia, proposición o aserto. Cuestión propuesta para discutirla o resolverla»[2516].

Por su objeto, la transacción se circunscribe a las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, y así las prestaciones obligatorias que nacen de la transacción deben reunir los requisitos de formalidad, licitud o libertad, determinación, posibilidad (física y jurídica) y también de valor patrimonial o económico

2513 Real Academia Española. *Op. cit.,* tomo II, p. 518.

2514 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 340.

2515 *Ibidem*, pp. 339 y 340.

2516 Cabanellas posteriormente analiza el concepto dentro del ámbito del Derecho Civil, del Derecho Penal, del Derecho Político y del Derecho Procesal. Por razones obvias, nos interesa la acepción que brinda a la palabra duda en el Derecho Civil.
«La duda, aun no siendo tratada con detalle, por lo general, constituye un concepto con enorme trascendencia para la esfera del Derecho. Por de pronto, la duda late en la totalidad de los litigios: pues la convicción del derecho propio no excluye nunca un resquicio al adverso fallo ante distinto criterio del juzgador. La duda da vida, en las leyes, contratos y toda suerte de negocios jurídicos, al capítulo amplísimo de la interpretación (v.). Así, por ejemplo, tal circunstancia ha determinado el art. 1,289 del Cód. Civ. esp. que declara: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuera gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo". Concuerda en parte con ese precepto el artículo 16 del Cód. Civ. arg., que preceptúa: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso"».
Cabanellas, como síntesis de su análisis de la palabra «duda» en todos los ámbitos del Derecho, señala lo siguiente:
«Por último, con carácter general, ante toda dificultad, expectativa o eventualidad, la duda surge, ensombreciendo los espíritus de los que se enseñorea cuando, ante los hechos intrincados y las perspectivas problemáticas, el análisis de los elementos y el cálculo de los resultados no logra confortarse con la fe coronada por la esperanza».

(el objeto de la transacción son los derechos patrimoniales, y sólo por excepción, algunas cuestiones de índole extrapatrimonial que no alteran el orden público). Solamente en cuanto a la determinación del derecho a que se renuncia (la concesión que cada parte debe hacer) ya hay una diferencia sustancial entre la transacción y los otros contratos, pues si la determinación del objeto es la regla general de todo contrato (no obstante que pueda existir un cierto grado de indeterminación respecto de su cantidad), la incertidumbre del derecho sobre el que recae la transacción (*res dubia*) constituye la esencia de ésta.

Basta, en consecuencia, que el asunto sea dudoso, sin que sea necesariamente litigioso. De mantenerse la duda, no es difícil que devengue (o degenere) en un asunto litigioso. En efecto, habida cuenta de que la transacción puede recaer sobre derechos y obligaciones meramente dudosos, no hace falta que haya pleito pendiente, sino que se dé el elemento de incertidumbre en la relación jurídica de las partes. Entonces las partes, si así libremente lo desean, pueden prevenir el eventual litigio por medio de la transacción.

Troplong[2517] también señala que para que la incertidumbre del asunto se ponga de manifiesto, es suficiente que haya sido posible y que se conciba, en este sentido, un temor real. No es necesario que se haya entablado un proceso. La transacción lo previene mediante sus acuerdos amables, siendo, incluso, más saludable y útil cuando va antes de los debates judiciales que cuando termina los que han comenzado. A los jueces, de hecho, les pertenece el poder de apreciar las circunstancias de donde puede derivarse la prueba al temor de una disputa. Si ellos perciben que las partes han simulado un temor aparente sobre un derecho que no era susceptible de disputa, no dudarán en retirar al contrato la denominación fraudulenta de transacción[2518].

Este mismo autor precisa que no todos los asuntos pueden ser materia de una transacción, pues no se transige más que por asuntos en conflicto y dudosos. Si el derecho es verdadero y uno hace el sacrificio, el contrato ya no es una transacción, es una venta o una donación; de ahí que no hay una verdadera transacción en el acuerdo que hacen las partes, mientras que su proceso ha sido juzgado en última instancia. El asunto juzgado, que es parecido a la verdad misma, ha mostrado de qué lado estaba el derecho: ha terminado con las incertidumbres, la obra del juez no deja más lugar a la obra de la transacción.

2517 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 554 y 555.

2518 Troplong, sobre la función de los jueces en los asuntos dudosos, señala que ellos sólo con graves motivos determinarán declarar el derecho no muy cierto como para poder ser objeto de una transacción, pues es necesario ponerse en el punto de vista de las partes, formar parte de sus pasiones, sus errores, recordar que la razón humana está hecha de tal manera que muy a menudo lo que es cierto para uno parece dudoso a buen número de mentes precavidas. *Plus est in opinione quam in veritate*, dijo con gran sabiduría un texto del Derecho romano. El juez no olvidará esta máxima: buscará menos el derecho sobre sí mismo que la opinión que las partes han tenido, observación que Troplong estima es importante y ha sido perdida de vista más de una vez por mentes muy inclinadas a olvidar el carácter de las transacciones.

Ahora bien, consideramos que es claro que si a pesar de existir un fallo judicial, quedaran o surgieran dudas acerca del valor de lo juzgado, o insatisfacción por ambas partes respecto de su sentido, no habría razón para que no pudiera realizarse una transacción sobre el mismo asunto ya juzgado y sentenciado. Evidentemente, ello sería factible en la medida en que esta transacción no perjudicara el derecho de terceros.

Al respecto, y citando a Favre, uno de los más caracterizados intérpretes del Código Napoleón, Troplong[2519] señala que si *hoc ipsum incertum sit, an sententia, valeat, transactio valebit*; uno transige todos los días sobre los procesos diferidos en el Tribunal Supremo por sucesos que ponen en duda la validez de las decisiones soberanas. Con una razón más fuerte no habría duda acerca de la legitimidad de la transacción mientras que hubiera lugar a una apelación. Sin embargo, según Troplong, en todos los otros casos en que el asunto juzgado adquirió su último avance gracias a la liberación de todo recurso ulterior, el convenio no podría llevar el nombre de transacción. Las partes son dueñas de renunciar, donar, pero ellas no transigen, hacen cualquier otra cosa, menos una transacción.

Por su parte, Salvat[2520] expresa que obligaciones dudosas son aquellas que las partes seria y sinceramente han considerado como tales. La palabra dudosa hay que tomarla en un sentido subjetivo y no objetivo, es decir, referirse a la opinión y al sentimiento de las partes mismas que realizaron la transacción, no a la opinión que pudiera formarse sobre el asunto un juez, un abogado más o menos ilustrado o cualquier otra persona. Aun cuando en la opinión del juez o del abogado la eficacia de una obligación no pudiera, en lo más mínimo, parecer dudosa, si las partes la han considerado seriamente como tal, habría transacción. Esto, según Salvat, se explica porque, por una parte, los jueces o tribunales no tienen la misión de pronunciarse sobre cuestiones abstractas, como sucedería si tuviesen que resolver sobre el valor legal de obligaciones cuya eficacia los interesados directamente y de común acuerdo estimaban dudosas y, por otra, no obstante la mayor o menor seguridad de su derecho, no obstante su absoluta seguridad, si se quiere, las partes, al determinarse a celebrar la transacción, han podido temer los errores de la justicia, los gastos que en mayor o menor escala quedan frecuentemente sin indemnizar, las molestias e incomodidades del juicio, la repercusión que éste podría tener sobre sus negocios, etcétera.

Relacionando en una secuencia lógica al elemento desacuerdo como generador de incertidumbre, Levenhagen[2521] considera que la objeción sobre las relaciones jurídicas surge del desacuerdo entre las partes y con ese desacuerdo aparece la incertidumbre en cuanto al derecho de cada una de ellas. Consecuentemente, viene

2519 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 554 y 555.
2520 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 193 y 194.
2521 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 163.

la posibilidad de establecerse el litigio, la demanda judicial. Así, la transacción surge, entonces, como un remedio preventivo, para evitar el inicio de ese conflicto.

La controversia teórica, respecto de la objetividad o subjetividad como elemento integrante básico constitutivo de la duda, es retomada por Alterini, Ameal y López Cabana[2522], quienes en relación con las obligaciones dudosas opinan que su concepto es difícil de definir, ya que es controvertido si comprende sólo a aquellas obligaciones que «subjetivamente» las partes tienen como tales, o si son dudosas cuando «objetivamente», y a través de la opinión de especialistas, pudieran parecerlo. Los profesores citados entienden que es suficiente que las partes consideren incierto su derecho para que exista transacción, sin necesidad de requerir opinión de los expertos.

De hecho, no resulta, a nuestro criterio, crucial, para que se pueda transigir, que la duda provenga de obligaciones que las partes subjetivamente consideren dudosas o si objetivamente han sido catalogadas de esa forma. La razón es muy simple: puede ser que haya un «subjetivismo» puro, o un «objetivismo» también puro o inclusive una mezcla de ambos. Puede inclusive haber duda subjetiva sobre una duda objetiva, lo cual, si bien suena algo exagerado, en la realidad no lo es (la esencia de la duda es precisamente la confusión respecto a una diversidad de aspectos). Y, en todo caso, los asuntos dudosos no son, por lo general, puros en cuanto a objetividad o subjetividad. Cada parte puede tener una opinión de algún connotado especialista, que no sean coincidentes, y de esa forma existirían criterios «objetivos» distintos. De modo que, y, en resumen, si las partes consideran que hay incertidumbre, provenga ésta de donde provenga, y no se sienten satisfechas con tal incertidumbre, las puertas de la transacción están abiertas.

Llambías[2523] expresa que la materia de la transacción son las obligaciones litigiosas o dudosas. Un acuerdo extintivo que recayese sobre obligaciones que no fueran litigiosas o dudosas no sería una transacción porque la *res dubia* es de la esencia de esa figura. En efecto, la transacción es un negocio o acto jurídico de fijación, que tiende a hacer cierta o a poner fuera de discusión una situación determinada, eliminando la incertidumbre de la relación; puede ser esa incertidumbre objetiva o subjetiva: la primera corresponde a las obligaciones litigiosas que están sometidas a un pronunciamiento judicial; la segunda origina las obligaciones dudosas, es decir, las que las partes sinceramente han estimado como tales, aunque en verdad no lo fueran para un jurista especializado.

Por nuestra parte, consideramos que un asunto dudoso es aquel en el cual existe más de una interpretación que lleve a soluciones jurídicas distintas y por lo cual podría suscitarse una controversia judicial o extrajudicial. Por lo tanto, el

2522 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 350.
2523 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 76.

que un asunto sea dudoso no es obstáculo para que sea litigioso, ya que puede revestir ambas características.

Sin embargo, cabe precisar que para que se produzca una transacción no necesariamente tendremos que estar frente a un asunto estrictamente dudoso. Podría ocurrir que nos encontremos ante un asunto de meridiana claridad, en el cual se precisen con nitidez los derechos y obligaciones que surgen para cada parte, y que incluso estas últimas tengan la certeza de lo que consiste aquello a lo que se han obligado. Aquí, como se puede apreciar, entramos a la esfera de lo litigioso.

Para que se considere litigioso un asunto basta el hecho de una eventual negativa de una de las partes a cumplir con la ejecución de la prestación a la que se ha obligado, por más pueriles que sean sus argumentos o aun careciendo de ellos. Lo litigioso puede consistir simplemente en la apreciación o negativa del supuesto deudor. Creemos que aquí el término «dudoso» se confunde con «litigioso», ya que al primero habría que combinarlo con la expresión que le sigue en el artículo 1312 del Código: «evitando el pleito que podría promoverse [...]». Dentro de un raciocinio lógico, si el deudor —aunque claramente tenga esta condición— rehusase efectuar el pago, el acreedor tendría que demandarlo judicialmente y entonces estaríamos ante un asunto estrictamente litigioso (por más clara que fuera la posición del acreedor), que sería susceptible de transacción, en virtud de la expresión que utiliza el artículo 1302: «finalizando el (pleito) que está iniciado».

También podría ocurrir, debido a las más diversas razones, como por ejemplo un sorpresivo estado de insolvencia del deudor, que las partes se pusiesen de acuerdo para transigir respecto de una determinada obligación, concluyendo en una situación diversa de la originalmente pactada. En esto podría haber una gran arbitrariedad por parte del deudor, pero ¿cómo evitaríamos tal arbitrariedad y el subsiguiente litigio? Y en un litigio —insistimos—, por más claro que él sea, siempre procede celebrar una transacción. Por ello, las palabras «duda» y «litigio», a efectos de la transacción, están íntimamente vinculadas.

2.6. Asunto litigioso

Dentro del término litigioso están comprendidos los asuntos que sean materia de una controversia judicial (*litis*) o de un arbitraje[2524].

2524 En materia de arbitraje, el Decreto Ley n.° 25935, de fecha 7 de noviembre de 1992, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día jueves 10 de diciembre de 1992, derogó las disposiciones contenidas en el Código Civil sobre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral (artículos 1906 a 1922), habiendo sido esta norma legal, a su vez, derogada y sustituida por una nueva Ley de Arbitraje, Ley n.° 26572, de fecha 3 de enero de 1996, y que, finalmente, fue derogada por el Decreto Legislativo n.° 1071, norma que hoy regula el arbitraje, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008 y vigente desde el 1 de septiembre de ese año.

ESTUDIO OLAVO CASTILLO FREYRE

De acuerdo a la Real Academia Española[2525], litigio es «Pleito, altercación en juicio. Disputa, contienda»; en tanto que por litigioso entiende lo siguiente: «Dícese de lo que está en pleito. Por extensión, dícese de lo que está en duda y se disputa. Propenso a mover pleitos y litigios».

Por su parte, Cabanellas[2526] define al litigio como «Pleito. Juicio ante juez o tribunal. Controversia. Disputa, contienda, altercación de índole judicial»; al verbo litigar como «Pleitear. Ser demandante o demandado en una causa. Controvertir judicialmente. Contender, disputar, altercar»; al término litigioso como «Lo que constituye objeto de litigio o pleito. Lo disputado o controvertido en un juicio. De dudosa resolución y efectiva controversia. Propenso a suscitar litigios o causas»; y a la *litis* como «Pleito, causa, juicio, lite. Esta voz latina se conserva como vocablo jurídico incorporado a nuestra lengua».

La doctrina es prácticamente unánime en considerar a las obligaciones litigiosas como las que son materia de juicio o pleito judicial. Es obvio que también el litigio podría ser arbitral. Sin embargo, en lo que no hay coincidencia es en cuanto a si el pleito o litigio debe ser ya una realidad o únicamente potencial.

Por ejemplo, Salvat[2527] señala que las obligaciones litigiosas son aquellas que constituyen materia de controversia o discusión judicial a su respecto, que estén sometidas a la decisión del tribunal, y que igualmente se ha considerado transacción sobre derechos litigiosos, la que pone fin a una demanda que, habiendo sido iniciada, no estaba notificada y, por lo tanto, no existía todavía *litis* trabada.

Alterini, Ameal y López Cabana[2528], de igual forma, al definir la finalidad de la transacción como el camino para extinguir obligaciones litigiosas o dudosas, indican que las obligaciones litigiosas son aquéllas materia de un juicio contradictorio y que esperan ser dilucidadas por los tribunales. Cazeaux y Trigo Represas[2529] expresan que la obligación litigiosa es la que está sometida a juicio y que «[…] para verificar su existencia basta con constatar la materialidad del pleito en el cual sea objeto de controversia».

Cubides Camacho[2530] no distingue cuestiones dudosas de litigiosas, mencionando tan sólo a las litigiosas y, basándose en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, señala que la transacción tiene como elemento específico la existencia de una diferencia litigiosa, es decir, un proceso pendiente o la perspectiva de un proceso.

2525 Real Academia Española. *Op. cit.,* tomo III, p. 838.
2526 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo V, p. 220.
2527 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 193.
2528 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo III, p. 350.
2529 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II. p. 333.
2530 Cubides Camacho, Jorge. *Op. cit.*, p. 394.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carnelutti[2531] denomina litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro; enfoque exacto en el proceso civil como nudo de éste, pero en su concepto se advierte la ausencia del planteamiento judicial, debido a que los conflictos de intereses extrajudiciales existen en mucho mayor número que los llevados ante la justicia, instancia última de muchos de aquellos otros.

A nuestro entender, no cabe restringir el alcance del concepto referido al «asunto litigioso» por razones de estricto (por no decir extremo) tecnicismo, ya que de lo que se trata es de enfocar a la figura de la transacción, contemplando principalmente su finalidad, y de esa forma establecer el alcance verdadero que facilite y no obstaculice su razón de ser. Por ello, la propia norma refleja tal intención por parte del legislador, al señalar que el asunto sea litigioso (palabra por demás ambigua y amplia) y no que exista un litigio (que nítidamente presupone un juicio ya encaminado).

Para la existencia del litigio es necesario que al menos la demanda se haya interpuesto y que haya sido contestada, rechazando, al menos una de las pretensiones planteadas, es decir, que la litis se encuentre trabada. En el caso de la transacción esto no es necesario. Puede existir un pleito pendiente, o tan sólo una demanda interpuesta, o inclusive que ningún paso se haya dado por las partes para iniciar proceso alguno, pero si el asunto pudiera ser materia de proceso (y no meramente dudoso), ya encaja dentro del concepto de asunto litigioso, como complemento a los asuntos meramente dudosos. De esa forma no queda ningún aspecto que produzca incertidumbre o malestar a las partes que les imposibilite transigir.

Sabemos, en suma, que toda reclamación extrajudicial no configura litigio procesal. Aquí resulta útil la diferenciación entre asunto dudoso y asunto litigioso. La reclamación extrajudicial que no tenga posibilidades de ser interpuesta por la vía judicial constituye un asunto dudoso, en tanto que todas las demás (es decir, las reclamaciones que pueden ser materia de litigio procesal) constituyen asuntos litigiosos[2532]. Asimismo, una vez planteada la demanda, si el demandado se allanase a ella elimina el carácter contencioso del proceso. En este caso, nunca se habría producido litigio, aunque hasta el momento del allanamiento sí habría habido un asunto litigioso.

En el caso de un litigio en trámite, ya no se podría considerar a la obligación como litigiosa (por lo que no cabría transacción) si el demandado reconociese el derecho del demandante, no obstante que éste le hiciere alguna concesión sobre aspectos aledaños a tal derecho, como por ejemplo la forma de hacerlo efectivo o acerca del importe de las costas y costos del proceso. Estos aspectos accesorios

2531 Citado por Cabanellas (Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo v, p. 220).

2532 En estricto, se traba la *litis* al contestarse la demanda, cuando el demandado contradice una o más pretensiones planteadas en su contra.

a la obligación principal son de índole «satelital» en relación con ésta: giran a su alrededor, pero no forman parte de ella.

Los derechos y/u obligaciones de las partes deben encontrarse en tela de juicio, ser inciertos, a fin de que se consideren litigiosos. Por ello tampoco puede considerarse litigiosa una obligación si se dictase sentencia y ésta quedase consentida. En este caso ya están establecidos los derechos de las partes por el órgano administrador de justicia, por lo que cada uno sabe con certeza cuál es su derecho y, por lo tanto, tampoco cabría una transacción.

Sin embargo, en este último caso, de existir algún resquicio de incertidumbre por las partes respecto a algún punto integrante de la sentencia, nada obsta a que por medio de concesiones recíprocas celebren una transacción. Claro que se debe diferenciar los aspectos sustanciales de los periféricos. Si se trata de aspectos que no tienen que ver con el derecho controvertido *per se*, sino con la forma de pago o de venta o remate de los bienes del deudor vencido, no se puede ya hablar de transacción sino de acuerdo, organización o arreglo entre las partes.

Debemos reiterar, para concluir nuestros comentarios acerca de los asuntos litigiosos, que éstos también pueden (en substancia) no ser, en estricto, asuntos dudosos, ya que podría tratarse de un asunto que a pesar de ser de meridiana claridad ha sido materia de una demanda tendenciosa o temeraria.

Sin embargo, como en los juicios y en todo procedimiento no basta con tener la razón, sino se requiere que concurran otros elementos (probanza, urgencia y hasta la suspicacia de que la autoridad se equivoque o simplemente que no sea imparcial), entonces podría ocurrir que a pesar de tener la razón un litigante, la sentencia que constituya cosa juzgada vaya contra sus intereses. Todo procedimiento judicial o arbitral es, por esencia, aleatorio. Esta situación de aleatoriedad no convierte en dudoso al asunto en sí, sino a su devenir, dudoso por el resultado del proceso. Por ello es que de alguna forma el elemento duda se encuentra en cualquier caso que amerite una transacción, aunque aquél sea meramente litigioso. La duda (cuya manifestación es la indeseable sensación de incertidumbre) respecto de un asunto o del posible resultado de un proceso, tiene como opción altamente viable a la transacción.

Por su parte, la jurisprudencia nacional[2533] ha señalado que: «La transacción tiene por objeto evitar un pleito o finalizar el que está iniciado, pero no puede dar lugar a un nuevo conflicto judicial por un tercero, derivado de la propia transacción».

La jurisprudencia también señala que la transacción debe ser homologada para producir sus efectos, de lo contrario sí daría lugar a un conflicto judicial, conforme lo expone la Casación n.º 5634-2017-Lima, de fecha 4 de octubre de 2018, «*Noveno*.- El agravio de la infracción normativa procesal denunciada por

2533 Expediente n.º 1080-94-Lima.

el recurrente se centra fundamentalmente en que existe afectación al derecho a obtener una resolución judicial debidamente motivada pues el Colegiado Superior no ha establecido el nexo causal entre el daño causado a la demandante y la conducta atribuida al demandado; así como, aduce una falta de valoración de la transacción extrajudicial de fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, la cual tendría la calidad de cosa juzgada. Revisada la sentencia de vista, este Tribunal Supremo verifica que el Colegiado Superior sí ha establecido con claridad la existencia del nexo causal entre el daño causado a la demandante y la conducta antijurídica del demandado. En ese sentido ha señalado que: i) Ha quedado acreditado que el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y ocho, la demandante fue sometida a un procedimiento cosmético facial en zonas nasogenianas de infiltración de sustancia de relleno (metacrilato), procedimiento que fue llevado por el médico demandado como fluye de los informes médicos expedidos por éste, de las diferentes pericias actuadas en el presente proceso y de la copia de la historia clínica. Si bien refiere el demandado que fue con el consentimiento de la demandante la aplicación de la sustancia denomina metacrilato, sin embargo, de la revisión de la historia clínica, no se aprecia que la demandante haya dado su consentimiento informado (autorización) para la aplicación de la aludida sustancia, toda vez que a fojas novecientos cuarenta y ocho, obra solamente autorización para la operación de lipoescultura y dermolipectomia. ii) Que la sustancia introducida por el médico demandado no contaba a la fecha de su aplicación con registro sanitario, como lo informó la DIGEMID. iii) Siendo el metacrilato la sustancia causante de la deformación en el rostro de la demandante, que conllevó al demandado a llegar a una transacción extrajudicial con la demandante, donde reconoce haber infiltrado en las zonas naso-genianas el material de relleno antes mencionado y asume el pago del tratamiento especializado para la recuperación de la demandante. iv) Los hechos descritos llevan a determinar que el médico demandado incurrió en mala praxis médica al exponer a la paciente a riesgos injustificados. En cuanto a los argumentos relacionados al documento denominado transacción extrajudicial tantas veces aludido por el recurrente, que a decir de éste, habría dado fin a la controversia, al tener la calidad de cosa juzgada; dichas alegaciones también se desvanecen, pues la Sala Superior ha señalado al respecto que, la transacción extrajudicial que pretende oponer el demandado en el presente caso ha sido ya desestimada por Resolución número seis, de fecha diecisiete de mayo de dos mil dos y confirmada mediante Resolución número dos, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres, siendo el argumento central que dicha transacción extrajudicial al no haber sido homologada por un Juez, no puede tener la calidad de cosa juzgada y menos dar por concluido cualquier debate sobre la controversia sometida a transacción. En consecuencia, la Sala Superior se ha ceñido a la situación fáctica establecida en sede de instancia y a la actuación probatoria desplegada en autos para determinar la relación de causalidad entre el daño causado a la actora y la conducta antijurídica atribuida al demandado. Sin embargo, este Supremo Tribunal observa que sí existiría una deficiente

EDITORIAL GACETA JURÍDICA

motivación en el extremo de la fijación del quantum indemnizatorio, en tanto el Colegiado Superior sustenta la ocurrencia del daño emergente indicando únicamente que éste se configura cuando la actora quedó con secuelas deformantes en el rostro producido por la infiltración de una sustancia denominada metacrilato por parte del demandado, por lo que tuvo que recurrir a diferentes especialistas médicos a fin de ser tratada, pero dicho argumento resulta ser insuficiente si consideramos que el daño emergente comprende a las pérdidas que sufre la parte afectada como consecuencia de la conducta antijurídica en este caso del demandado; en otras palabras, viene a ser el empobrecimiento del patrimonio del acreedor, lo cual debe quedar fehacientemente acreditado. En el caso de autos, si bien la demandante ha adjuntado diversos informes médicos que acreditan cuál fue la sustancia de relleno introducida en la zona de sus mejillas y las reacciones que la misma le ocasionó, también lo es que, no ha cumplido con acreditar cuáles fueron gastos adicionales efectivamente incurridos en el tratamiento de recuperación que aduce realizó tanto en el Perú como en el extranjero, teniendo en consideración que el demandado le llegó a entregar la cantidad de siete mil doscientos dólares americanos (US$ 7,200.00) más dos pasajes al país de Brasil, conforme se desprende del acta de transacción extrajudicial presentado por la propia demandante, además de ser un hecho aceptado por ésta en su escrito de demanda que obra a fojas cuarenta y siete. En este punto, cabe precisar que si bien el documento denominado transacción extrajudicial no ha sido considerado en el presente proceso como un instrumento idóneo que resolvió el conflicto suscitado entre las partes, al no haber sido homologado ante el órgano jurisdiccional, ello no impide, que los hechos ahí plasmados sean merituados por las instancias de mérito a fin de arribar a una decisión prudencial y razonable. La misma patología en la motivación se aprecia en el extremo de la sentencia de vista que alude al lucro cesante. La Sala Superior ha señalado que respecto a las utilidades que dejó de percibir la demandante, con motivo de la inejecución de la obligación, se tiene que la actora no pudo laborar por un periodo de tiempo en el Centro de Educación Inicial debido a las deformaciones que presentaba su rostro, por lo que dejó de percibir un ingreso mensual, conforme se desprende de la declaración testimonial brindada por Milagros Seminario Bozovich en la Audiencia de Pruebas (fojas ochocientos cuarenta y ocho). Sin embargo, una declaración unilateral no puede servir como único sustento probatorio para acreditar las ganancias que la demandante supuestamente dejó percibir a consecuencia del hecho ocurrido; por lo que, dicho extremo tampoco ha quedado acreditado en autos. En este sentido, se ha advertido una motivación inadecuada en la sentencia de vista, en relación al monto indemnizatorio fijado, que acarrearía, en principio, la nulidad de la sentencia de vista por la causal de infracción normativa procesal denunciada; no obstante, en atención a que la finalidad en concreto del proceso es solucionar el conflicto de intereses surgido entre las partes, en aplicación del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, esta Suprema Sala considera actuar en sede de instancia, procediendo a efectuar la correspondiente rectificación, debiendo por consiguiente

LECTURA DE PRUEBA

confirmarse en parte la sentencia de primera instancia y revocar en el extremo del monto indemnizatorio, fijándose el mismo únicamente en la suma de treinta y cinco mil dólares americanos (US$ 35,000.00) correspondiente al daño moral, el cual ha quedado debidamente sustentado en la afectación emocional que padeció la demandante, producto de las secuelas deformantes en el rostro producido por la infiltración de una sustancia denominada metacrilato por parte del demandado. *Décimo*.- Finalmente, en cuanto a la infracción normativa de los artículos 1302 y 1303 del Código Civil, a través de la cual el recurrente insiste en que la transacción extrajudicial suscrita con la demandada adquirió la calidad de cosa juzgada, como bien se ha señalado en líneas precedentes, dicho cuestionamiento quedó dilucidado en la resolución número seis que desestimó la excepción de transacción extrajudicial formulada por el demandado, la cual fue confirmada mediante resolución de vista número dos, de fecha veintiuno de agosto de dos mil tres, en donde se determinó que la transacción extrajudicial al no haber sido homologada por un Juez, no puede tener la calidad de cosa juzgada y menos dar por concluido cualquier debate sobre la controversia sometida a transacción. Siendo ello así, el recurrente no puede pretender que en sede casatoria se reexamine los mismos argumentos esgrimidos en los medios técnicos de defensa formulados por las partes, al escapar de su finalidad; por lo que, en ese sentido, corresponde desestimar dicha causal por infundada».[2534]

2.7. Concesiones recíprocas

¿Qué significa realizar concesiones recíprocas? De acuerdo con la Real Academia Española[2535], la palabra concesión significa «Acción y efecto de conceder. [...] Acción y efecto de ceder en una posición ideológica o en una actitud adoptada». Asimismo, conceder es «Asentir, convenir en algún extremo con los argumentos que se oponen a la tesis sustentada»[2536].

Para Cabanellas[2537] concesión significa «Punto de la reclamación contraria que se acepta en una transacción o negociación»; en tanto que el verbo conceder significa, entre otras acepciones: «Dar u otorgar alguna cosa o derecho. [...] Asentir a una manifestación ajena; admitirla».

Vemos que conceder es ceder, lo cual implica desde luego una posición antagónica previa. Cuando se cede es que se tenía una postura determinada que se decide relajar u otorgar al contrincante en aras de la convivencia pacífica o de algún beneficio ulterior. Se concede (o se cede) un derecho sobre algún bien. Así,

2534 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 395. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/02/Cas-5634-2017-Lima-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

2535 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 352.

2536 *Ibidem*, tomo II, p. 351.

2537 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 253.

Pedro puede cederle a Cristina una porción adicional respecto de un bien hereditario que a él le correspondía (o consideraba que le correspondía). También respecto a alguna materia dudosa (de ahí la expresión «le concedo el beneficio de la duda»). Conceder también puede significar otorgar una gracia que está en manos del que dispone de ella (el César podía conceder la vida a los luchadores o gladiadores que habían ofrecido una buena lucha).

Ahora deseamos referirnos al significado de reciprocidad. Para la Real Academia Española[2538], el término recíproco significa «Igual en la correspondencia de uno a otro»; en tanto reciprocidad significa «Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra». Guillermo Cabanellas[2539] entiende que recíproco significa: «Mutuo. Igual en el trato o correspondencia. Con prestaciones equivalentes para las diversas partes. Bilateral»; y reciprocidad es «Igualdad en el trato. Correspondencia en las relaciones. Acción y reacción mutuas y acordes en sentido de coincidencia o discrepancia, de armonía o conflicto».

Reciprocidad implica bilateralidad, sinalagma. Esta puede darse en obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* y *facio ut facias*, a las que habría que agregar las de no hacer en cada supuesto: «doy para que no hagas» y «hago para que no hagas»). El nivel de equivalencia está en función de la valoración que las partes hagan de las prestaciones, como en cualquier contrato.

En lo que respecta al requisito de que la transacción debe implicar concesiones recíprocas, esta situación significa que necesariamente las partes que la celebran deben ceder en algo respecto de sus posiciones de origen, para finalmente llegar a un acuerdo por el que ellas, si bien no alcanzaron sus expectativas originales, sí lograron un convenio acerca de dichas posiciones.

Consideramos elemento fundamental de la transacción el hecho de que ambas partes se hagan concesiones recíprocas. Esto quiere decir que las dos cedan sobre sus pretensiones respectivas en la parte dudosa o litigiosa. Las concesiones recíprocas son la solución al problema. Reiteramos que la reciprocidad no implica equivalencia.

La valoración de las concesiones es realizada por las propias partes. Por otro lado, la ley no exige que las concesiones mutuas sean de igual valor; la exigencia en una transacción es que haya concesiones recíprocas, no siendo relevante el que una de las partes transija (o ceda) más o menos que la otra. Basta que cada una lo haga voluntaria y espontáneamente con la finalidad de dar por terminado el conflicto y evitar el litigio que podría promoverse o terminar el ya iniciado. Puede darse que una de las partes abandone o renuncie a mucho para recibir poco, pero esto es semejante a realizar una compraventa de un bien a un precio inferior

2538 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 1153.
2539 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo VII, p. 38.

al del mercado; se trata de decisiones voluntarias de partes contratantes. Y en el caso de la transacción esto es aún más complejo al existir una tensión producida por la incertidumbre, por lo que no se debe evaluar los valores pecuniarios aisladamente, sino dentro de un conflicto que se busca eliminar para restablecer la armonía y la concordia[2540].

Un ejemplo ideal de transacción, en el cual ambas partes habrían cedido por igual, sería aquel en donde las dos partes consideren, una que debe a la otra seis mil soles mientras que el acreedor estime que su deudor le debe diez mil soles; y que antes de promover un procedimiento judicial, ambas lleguen al acuerdo y pago de la cantidad de ocho mil soles. En el ejemplo que acabamos de señalar, la cantidad objeto de transacción sería exactamente la media proporcional entre las cantidades que sostenían como ciertas cada una de las partes[2541].

Pero soluciones como ésta no son siempre factibles o viables, ya que por las más diversas circunstancias será casi imposible que las partes se encuentren en igualdad de posiciones y condiciones para discutir la materia de la futura transacción. Por ello será frecuente que, en materia de estas negociaciones, una parte ceda más que la otra (además de la valoración subjetiva que cada una asigne a su «sacrificio»). Lo que busca la ley es que ambas cedan en sus posiciones originarias. Si así fuese, independientemente de lo que ceda cada una, habrá transacción. Ahora bien, debemos dejar en claro que no cabe que una de las partes renuncie a la totalidad de su pretensión en el asunto dudoso o litigioso, pues esto configuraría una liberalidad (llámese renuncia, donación, condonación, etcétera) propiamente dicha y de ninguna forma una transacción. Y si ambas partes renunciasen a sus derechos, tampoco estaríamos frente a una transacción sino a un mutuo disenso.

Alterini, Ameal y López Cabana[2542], en lo referente a las concesiones recíprocas, estiman que este requisito caracteriza apropiadamente a la transacción y la distingue de otras figuras jurídicas afines. La ley exige que las partes se hagan concesiones y que éstas sean «recíprocas». Cada una deberá, pues, sacrificar en

2540 Sobre este punto consideramos de interés reproducir la opinión de José León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 566): «Al transigir las partes han de hacerse sendas concesiones. Esta necesidad de las concesiones recíprocas es de naturaleza de la transacción. Pero tal necesidad en cuanto a las sendas concesiones que los transigentes se hagan, viniendo a ser característica de la operación jurídica en virtud de que *aliquid datum, aliquid retentum*, no requiere más de lo que a ella propiamente concierne; esto quiere decir que no es menester que las concesiones tengan un valor económico idéntico. La lesión, por lo mismo, en principio queda excluida [...]. La libertad de las partes es, por lo demás, completa en lo que se refiere al objeto de las concesiones, al abandono total que una parte haga en favor de la otra sobre un derecho que le puede corresponder, a una asunción de un cierto comportamiento en cuanto a un *dare*, un *facere*, un *non facere* (Boyer)».

2541 También el típico y cotidiano caso de la hora para un encuentro o reunión: «Voy a las 6:00 p. m.», frente a «Ven a las 5:00 p. m.», acordar que la reunión se inicie a las 5:30 p. m. Es el principio salomónico.

2542 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, tomo II, p. 350.

alguna medida sus derechos o pretensiones; no hace falta, sin embargo, que las concesiones de cada parte sean equivalentes o de igual valor con las ventajas obtenidas a cambio: el deseo de una parte de arribar anticipadamente a una solución en un litigio de larga duración y dificultoso trámite puede llevarla a preferir este modo extintivo antes que el reconocimiento pleno de sus derechos, cuando quizá sea demasiado tarde.

A decir de Llambías[2543], la transacción se basa en un intercambio de sacrificios, pues si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción, que requiere concesiones recíprocas. Mientras exista reciprocidad de sacrificios, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, pues la ley no exige que haya paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio de cada cual es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición. Entonces no es una transacción el acto de completo desmedro y hasta aniquilamiento de una de las partes; ni el allanamiento a la demanda, aunque el acto conceda facilidades de pago; pero un acto que no valiese como transacción, por ese motivo, siempre valdría como renuncia u otra convención semejante, según su índole. Cabe señalar, además, que por no ser un requisito la equivalencia de los sacrificios recíprocos, la transacción no puede ser impugnada por causa de lesión.

En igual sentido opinan Starck, Roland y Boyer[2544], para quienes no hay necesidad de que los sacrificios mutuamente consentidos sean de la misma importancia. Refiriéndose al artículo 2052 del Código Napoleón, que tiene cuidado en precisarlo declarando inadmisible la acción de rescisión por lesión, señalan que sin duda ésta es una ilustración del Derecho común, pero se preguntan si es esto adecuado según el espíritu de la transacción. Concluyen que la causa misma del acercamiento elimina la adecuación de las prestaciones respectivas. Lo que lleva a las partes a transigir es una desconfianza instintiva respecto a la justicia del Estado, temiendo la lentitud excesiva y la interpretación incierta de sus derechos. Una de ellas puede entonces preferir consentir un abandono fuera de proporción con el valor de la tesis jurídica de su adversario, antes que exponerse a un proceso dispendioso, interminable y en el cual el resultado es aleatorio. La tranquilidad merece un salario que no tiene medida.

Pero si sólo una de las partes cediese en sus supuestos derechos[2545], no se trataría de una transacción, sino de un acto de liberalidad (tal vez de una donación o una condonación). Por otra parte, desde la óptica del único que cede, éste no llegaría a sentirse satisfecho, sino que se ha sentido forzado a ceder, por lo que la insatisfacción no se habría resuelto, cosa que en una transacción sí ocurre porque ambas partes «reciben» como contraprestación la renuncia (concesión) del

2543 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 75.
2544 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 229.
2545 Decimos «supuestos», pues el asunto es dudoso o litigioso.

otro. Sabemos que el objeto de la transacción se orienta a transformar un estado jurídico inseguro en otro seguro y a obtener estos resultados por el intercambio de prestaciones equivalentes. A falta de tal reciprocidad, pues, el acto podría ser un reconocimiento, una donación, una renuncia, una condonación, una cesión, etcétera, lo cual no constituye jamás una transacción.

Starck, Roland y Boyer[2546], al referirse a la reciprocidad de sacrificios como supuesto básico de la transacción, donde los contratantes renuncian a una parte de sus pretensiones y se hacen concesiones recíprocas, expresan que esta reciprocidad marca la diferencia entre la transacción y otras instituciones vecinas, como la simple renuncia, la remisión de deuda o el desistimiento. En la hipótesis de que se pruebe que una sola de las partes ha consentido un abandono, la jurisprudencia aparta regularmente la calificación de transacción. Para apreciar si hubo concesión de una y otra parte, conviene ubicarse en la situación en que las partes se encontraban en el momento de la ruptura del contrato y de buscar cuáles eran en esa fecha sus derechos y obligaciones recíprocos.

Vemos cómo las concesiones recíprocas constituyen la esencia de la transacción, ya que transigir no es otra cosa que ceder. Entonces resulta imprescindible que entre las partes se establezca un acuerdo sobre el asunto dudoso o litigioso, acuerdo que sólo es factible cediendo cada una de ellas una parte de sus derechos, a fin de encontrar un denominador común. De esta forma se extingue la obligación controvertida, evitándose el litigio judicial, pero para ello, insistimos, es imprescindible que las concesiones se hayan dado por ambas partes, que sean mutuas.

Considerando a la transacción como un consentimiento coincidente con una mutua compensación (*aliquo dato vel retento*), Troplong[2547] resalta que la transacción no debe ser confundida con el juramento, el cual procede como el del consentimiento, pero la discrepancia termina sólo mediante el poder de la afirmación y sin dar ni prometer nada. El sacrificio debe ser mutuo, pues suponiendo que un heredero renuncie a demandar la nulidad del testamento que lo deshereda, no se puede considerar que se trata de una transacción, puesto que, si él ha hecho un sacrificio, su adversario no ha hecho nada en su favor.

La jurisprudencia ha reiterado este criterio en la Casación n.º 3831-2016-Lambayeque, de fecha 10 de mayo de 2018, «La transacción es un contrato, mediante el cual las partes, otorgándose concesiones recíprocas, solucionan el conflicto existente».[2548]

2546 Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Op. cit.*, p. 228.

2547 Troplong, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo xvii, p. 561.

2548 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 395. Consultado en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b387ff80437bacd9bdb0bf6745cba5c4/3831-2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b387ff80437bacd9bdb0bf6745cba5c4 [Texto correspondiente a la tercera edición]

Por lo demás, la jurisprudencia nacional[2549] ha señalado que: «No tiene la calidad de transacción, el convenio privado que no contenga concesiones recíprocas. Es improcedente la demanda, pues carece de mérito ejecutivo».

2.8. La transacción como un acto complejo

La transacción, como señalamos al iniciar este análisis, es un acto que puede ser altamente complejo. El Código Civil establece que con las concesiones recíprocas también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

Es evidente que cuando se realizan negociaciones para llegar a una transacción, lo que las partes buscan es concluir con el problema suscitado; y si desean esto de modo vehemente, no será raro que recurran a cualquier medio alternativo o complementario para obtener tal propósito. Entonces podría ocurrir que para llegar al acuerdo sobre el o los puntos controvertidos, una parte ofrezca o acepte ofrecer a la otra la realización de alguna prestación complementaria (que puede ser de dar, de hacer o de no hacer) a lo que es materia de discusión, y de esta forma la otra parte vea satisfechas sus expectativas y a la vez esté dispuesta a llegar a un acuerdo. En tal virtud, la ley deja abierta esta posibilidad, pudiendo así la transacción comprender asuntos diferentes a los que constituían materia de la controversia original. Tales asuntos distintos podrán ser creados, modificados, regulados o extinguidos, ya que las partes tendrán la más amplia libertad de configuración interna respecto de la transacción que deseen celebrar.

Vemos que la transacción puede constituir un acto simple, pero también uno extremadamente complejo en el que se entremezclen diversas figuras jurídicas típicas y atípicas.

La posibilidad de que con la transacción se creen, regulen, modifiquen o extingan relaciones jurídicas diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes, significa que la ley les otorga la suficiente flexibilidad requerida a fin de que solucionen sus controversias o problemas entre ellas mismas. El Derecho es consciente de que con frecuencia las partes no van a poder llegar a solucionar sus problemas recurriendo únicamente a aquellos elementos que constituyen el objeto de la controversia, pues el margen de acción podría resultar reducido. Entonces, dentro de una transacción podemos encontrar diversas figuras extintivas, como la compensación, la novación, la condonación; todo ello, evidentemente, dentro de un marco contractual que a su vez crea nuevas obligaciones. La transacción engloba, pues, una serie de actos, siendo ante todo un contrato cuyo objeto es solucionar dificultades que han emergido de una relación jurídica obligacional preexistente, es decir, extinguir (por medio de las concesiones recíprocas) las obligaciones materia de conflicto.

2549 Expediente n.º 22635-98-Lima.

GUSTAVO GASTELO PEREYRE

Ahora bien, si a través de un acto transaccional las partes no sólo extinguieran obligaciones, sino crearan otras nuevas, es natural que cualquier controversia nacida con respecto a estas obligaciones constituirá materia susceptible de reclamo o de eventual discusión en los Tribunales de Justicia. Ciertamente podrían producirse incumplimientos de las obligaciones que las partes hayan asumido ejecutar en el futuro como parte del acuerdo transaccional y, por ende, podría resolverse este contrato por inejecución de obligaciones, vale decir, le serían aplicables las normas generales de resolución por incumplimiento contenidas en el Código Civil respecto a los contratos con prestaciones recíprocas, aunque cabe advertir que para las transacciones judiciales hoy existe el inexplicable obstáculo previsto por el artículo 337 del Código Procesal Civil, según el cual el incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

2.9. Capacidad

¿Quién puede transigir? Ciertamente sólo quien puede disponer de los objetos de la transacción. Entonces, la persona con plena capacidad sobre los bienes comprendidos en la transacción es quien puede realizar los actos de disposición correspondientes. Esta capacidad se traduce en aptitud para desprenderse, gravar, limitar o modificar los derechos comprendidos en la transacción[2550].

Ya hemos manifestado que la transacción es un acto complejo y por ello hemos señalado que comprende concesiones recíprocas de diversa y variada índole (en cada una de las cuales puede haber un desprendimiento, una renuncia o una limitación a un derecho), por lo que se deberá analizar la capacidad en función del acto en sí mismo, así como en torno a los bienes que abarca la transacción respecto a los cuales se harán concesiones (es decir, enajenaciones). Entonces, la capacidad de disposición de los bienes comprendidos en la transacción se refiere a cada uno de ellos en forma individual y autónoma, siendo nula la transacción si una de las partes no podía disponer de alguno de dichos bienes.

De esta forma, si, por ejemplo, la transacción comprendiese un pleito, un inmueble y derechos patrimoniales sobre alguna creación artística, cada bien deberá ser disponible en forma individual y a su vez global (o en su conjunto) por la parte que lo ceda. Esto último porque la transacción es indivisible, salvo pacto en contrario (artículo 1310 del Código Civil peruano de 1984)[2551].

2550 No debemos confundir este tipo de capacidad con la capacidad de goce y ejercicio de los incapaces. En cuanto a la posibilidad de los incapaces de realizar transacciones, éstos y los ausentes podrán transigir por medio de sus representantes, con aprobación del juez (artículo 1307 del Código Civil peruano).

2551 Sobre la naturaleza jurídica de la transacción, también se ha pronunciado el Primer Pleno Casatorio Civil, realizado el 22 de enero de 2008, señalando lo siguiente, «Transacción: naturaleza jurídica, efectos. 8. Como se nota, la transacción en el Código Civil de 1852 era considerada dentro de la Sección de los contratos denominados consensuales a diferencia de los aleatorios que contemplaba otras figuras jurídicas. Esta calificación jurídica luego variaría con el Código Civil de 1936, el que consideró a la transacción como un medio de extinguir obligaciones. La Comisión Revisora

del Código Civil de 1852 (que elaboró el *corpus* legal de 1936), manifestó que, si era un acto jurídico en virtud del cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas, era forzoso convenir en que la transacción no era propiamente hablando un contrato sino un verdadero modo de extinción de los actos jurídicos en general, porque por ella se podían extinguir derechos reales y derechos hereditarios. La transacción, continuaba diciendo la Comisión, es un contrato en cuanto representa el resultado de la concordancia de las voluntades, pero como es una convención que tiene por fin jurídico principal liquidar relaciones obligatorias preexistentes, es real y verdaderamente un medio de extinción de obligaciones y está mejor ubicada en el plan del Anteproyecto (que la incluía dentro de los efectos de las obligaciones) que en la Sección del Código Civil de 1852. 9. En la doctrina se discute arduamente si la transacción es una convención, un contrato o un acto jurídico, inclinándose la mayoría por concebirla como un contrato, conforme lo exponen —entre otros, para el ámbito argentino— los tratadistas Jorge Llambías y Rubén Compagnucci de Caso. En sede nacional, la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, ubicó a la transacción como un medio de extinguir obligaciones (al igual que el aludido Código, materia de reforma), primero consideró que la figura de la transacción presenta un doble aspecto: de un lado, es efectivamente un contrato destinado a poner fin a obligaciones dudosas o litigiosas, mediante concesiones recíprocas; desprendiéndose su naturaleza contractual de la definición contenida del Código Civil que define el contrato. Este carácter se ve acentuado al haberse introducido el segundo párrafo del artículo 1302° del citado Código, según el cual se admite que la transacción puede crear, regular o modificar relaciones diversas de las que son objeto de la controversia. En otra parte se comentaba por la anotada Comisión, que el legislador ubica a la transacción como uno de los medios de extinguir obligaciones por razones de tradición jurídica y porque en múltiples casos prevalece el efecto extintivo de la misma. Acotaba que había sido motivo de especial preocupación de la Comisión revisora, que dio origen al Código Civil vigente de 1984, introducir mecanismo ágiles para que los particulares solucionen sus diferencias sin la intervención de los tribunales de justicia, teniendo en cuenta el explicable deseo de las partes de evitar los costos de un proceso, la pérdida de tiempo que este conlleva y la voluntad común de lograr tranquilidad, aspecto que prevalecía para que ellas "se dicten su propia sentencia". 10. Es por ello que los profesores Castillo Freyre y Osterling Parodi señalan que la transacción es un acto jurídico, puesto que constituye una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, pero, asimismo, puede ser un contrato al versar sobre relaciones jurídicas patrimoniales (puesto que los derechos extrapatrimoniales son intransigibles), por lo que ambos conceptos no resultan ser excluyentes sino complementarios. Por lo tanto, se concluye que para nuestro ordenamiento jurídico nacional la transacción es un acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato) por el que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso. A nivel formal, al ser un contrato, apunta a zanjar cuestiones ya existentes entre las partes, es decir a extinguir relaciones jurídicas existentes que se encuentran en controversia. Por ello su ubicación es más clara dentro de los medios extintivos de las obligaciones. En cuanto al nivel de fondo, lo que subyace en el corazón de esta figura se centra en la búsqueda de la paz y la armonía. La causa o función de la transacción es la composición de la controversia jurídica que existe entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados, evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado, y se realiza mediante recíprocas concesiones. Sobre esta causa, que en sus múltiples aspectos revela la virtualidad operativa del contrato, y sobre la situación o relación jurídica controvertida debe recaer, impelido por el *animus transigendi*, el consentimiento de los contratantes. Seguidamente haremos referencia tanto a la doctrina nacional como a la argentina, por haber servido el Código Civil de este último país como fuente para la redacción de nuestro actual artículo 1302°, especialmente en cuanto a la validez de cosa juzgada que se le otorga a la transacción; extremo sobre el cual nos ocuparemos más adelante. 11. Al decir de Llambías, la transacción se basa en un intercambio de sacrificios; si una sola de las partes sacrificara algún derecho suyo, ello sería una renuncia y no una transacción que requiere que medien concesiones recíprocas. Mientras exista una reciprocidad, no importa la cuantía de ellos ni su equivalencia o desigualdad, puesto que la ley no exige paridad de concesiones, ni ello podría imponerse porque la importancia del sacrificio que cada cual realiza es de apreciación eminentemente subjetiva, no habiendo pauta válida para su medición, c.4. Efectos de la transacción: 12. Se sostiene que la

2.10. Clases de transacción

2.10.1. Según si se realiza dentro o fuera del litigio

2.10.1.1. Transacción judicial

Del texto del artículo 1302 del Código Civil bajo comentario, se infiere que la transacción puede ser judicial o extrajudicial (al mencionarse que por la transacción las partes pueden evitar el pleito que podría promoverse o finalizar el que está iniciado). León Barandiarán sostenía que efectuar esta precisión resultaba inútil, ya que con decir que la transacción debe versar sobre algún punto dudoso o litigioso, era suficiente; «es dispendioso —afirmaba— agregar que con ella las partes evitan el pleito que podía promoverse o finalizan el que está promovido»[2552].

Se tratará de una transacción judicial (o arbitral) en caso de que se llegue a un acuerdo para poner fin a un litigio (que como hemos visto podría ser judicial o arbitral) ya existente.

2.10.1.2. Transacción extrajudicial

Será extrajudicial respecto de un asunto que no es materia de una controversia judicial o arbitral, evitando que se promueva un litigio sobre el asunto acerca del cual se transige.

2.10.2. Según su magnitud

2.10.2.1. Transacción total

Está muy extendida la noción de que la transacción debe ser total, entendiendo por esto último que las partes, con ella, solucionan íntegramente la controversia que les atañe.

---

transacción, como es opinión mayoritaria en doctrina, produce diversos efectos, siendo los principales: a) es obligatoria o vinculante; b) es extintiva; c) tiene efecto declarativo; d) tiene valor de cosa juzgada: a) Es obligatoria o vinculante: Por su razón de carácter contractual, la transacción crea para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, en mérito al adagio que "el contrato es ley entre las partes", b) Es extintiva: Precisamente por el efecto extintivo que posee la transacción, las partes no pueden hacer valer luego los derechos renunciados por ese acto, si lo hicieran, serían rechazados por una excepción de transacción, que impide renovar una pretensión ya aniquilada por la virtualidad del convenio celebrado, c) Tiene efecto declarativo: La transacción no tiene efectos traslativos de derechos sino declarativos. Esto significa que cuando uno de los contratantes reconoce el derecho del otro, no es que esté considerando que se lo está transmitiendo, sino que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción, d) Tiene valor de cosa juzgada: La parte final del artículo 1302° de nuestro actual Código Civil le otorga tal condición a la transacción, aspecto sobre el que regresaremos más adelante cuando tratemos específicamente sobre la vinculación de la transacción con la cosa juzgada y su posibilidad de proponerse como excepción en ese sentido».

2552 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 557.

2.10.2.2. Transacción parcial

Decíamos que la generalidad de autores y de ejemplos que se citan en doctrina llevan implícita la existencia de una transacción total, pues en ningún momento se menciona la posibilidad de que posteriormente a haberse celebrado el acto transaccional subsista alguno de los problemas de origen[2553].

El tema de la transacción parcial no se contempla de manera expresa en ninguna de las normas del Código Civil (artículos 1302 a 1312). Ello no significa, empero, que la figura no resulte factible en los planos teórico y práctico, ya que entendemos por transacción parcial a aquélla que pone término a alguno o a algunos de los aspectos del problema o controversia existente entre las partes.

Por consiguiente, nada impide que complejas relaciones obligacionales en que se encuentren involucradas las partes, se solucionen, vía transacción, parcialmente, quedando las no resueltas sujetas a decisiones jurisdiccionales o arbitrales.

Y ello obedece, como lo hemos manifestado en forma reiterada, a que al Derecho y a la sociedad en su conjunto les interesa que en su seno exista la menor cantidad de problemas o conflictos entre las partes, propiciando una vida armónica.

Claramente, lo ideal para el Derecho sería que las partes solucionaran la integridad de los temas controvertidos, pero igualmente a la sociedad le interesa que las partes pongan fin a sus problemas (aunque sea de manera parcial), frente a la posibilidad de que subsistan en toda su magnitud.

Cabe señalar que el Primer Pleno Casatorio Civil, realizado el 22 de enero de 2008, ha establecido que la transacción extrajudicial opera también como excepción procesal «IX. Fallo. Por tales razones, el Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo normado por el artículo 400 del Código Procesal Civil, por mayoría: b) DECLARA QUE CONSTITUYEN DOCTRINA JURISPRUDENCIAL los siguientes precedentes vinculantes: 1. La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446 e inciso 4 del artículo 453 del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción. Entendiéndose que las transacciones extrajudiciales homologadas por el Juez, se tramitan de acuerdo a las reglas del Código Procesal Civil, al tener regulación expresa. Ocurriendo lo mismo en cuanto a las transacciones celebradas con relación

2553 Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo III, p. 74) considera que el artículo 832 del Código Civil argentino es claro al señalar que la transacción consiste en un acto jurídico bilateral, es decir, emanado de dos o más personas, que tiene la finalidad de extinguir los derechos sobre los cuales recae el consentimiento de las partes. Como es lógico, señala, tal consentimiento debe concurrir sobre todos los puntos contemplados por los contratantes: no habría transacción, por ausencia de este requisito, si no hubiese completo consentimiento por sustituir la conciencia de la divergencia de voluntades, aunque fuera sobre aspectos secundarios del negocio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a derechos de menores de edad, las mismas que deben ser autorizadas por el juez competente conforme a ley (voto en mayoría)».[2554]

2.10.3. Transacción meramente extintiva de obligaciones o como acto complejo

2.10.3.1. La transacción como acto meramente extintivo de obligaciones

La transacción podría circunscribirse a ser un acto exclusivamente extintivo de obligaciones, por el que las partes pongan fin a su controversia, sin dar nacimiento a ninguna otra relación jurídica. En este caso, la transacción sería un típico medio extintivo de obligaciones.

2.10.3.2. La transacción como acto complejo

Pero, como también ha sido expresado, la transacción puede implicar la creación, regulación, modificación o extinción de nuevas obligaciones o de obligaciones distintas a aquélla o aquéllas que eran materia de controversia. En la medida que del acto transaccional se deduzca la creación de nuevas obligaciones, estaremos en presencia de una transacción no sólo extintiva, sino que representará un acto complejo.

2.10.4. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto, y transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte

2.10.4.1. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto

Este caso se refiere a la transacción propiamente dicha, de la cual venimos ocupándonos desde que comenzamos a analizar el tema en el contexto del Código Civil peruano.

2.10.4.2. Transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1311 del Código Civil, cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas del respectivo título del Código Civil.

Esto significa que podría darse el caso de una transacción en la cual las partes no lleguen al acuerdo transaccional como fruto de una negociación —que implica un ceder voluntario y recíproco en cuanto a las pretensiones de origen—. Aquí las concesiones recíprocas estarían sometidas a opciones que la suerte o el azar dirimirán. Puede ocurrir, en efecto, que las partes tengan más de una alternativa de solución al conflicto y no lleguen a ponerse de acuerdo en cuanto a la decisión de cuál es la más beneficiosa. En este caso, la suerte puede jugar un papel decisivo.

2554 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 955-956. [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este tipo de transacción implica concesiones recíprocas, mas no en su sentido estricto, pero no deja de ser transacción, en la medida en que existe de por medio la concesión de ambas partes, así como el acuerdo de recurrir al mecanismo de la suerte para solucionar sus conflictos.

2.11. Interpretación restrictiva

No se puede entender que las partes hayan transigido sobre otras cuestiones que las por ellas previstas, por lo que no cabe interpretaciones que vayan más allá de lo expresamente establecido por las propias partes. Ésta es una de las razones por las que se exige que la transacción conste por escrito, bajo sanción de nulidad.

Cabe recordar el artículo 835 del Código Civil argentino, que expresamente establece que «Las transacciones deben interpretarse estrictamente. No reglan sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso».

Sobre este artículo son dignas de tenerse en consideración las opiniones de diversos tratadistas.

De Gásperi[2555] señala que el precepto apunta a dirimir las controversias que puedan surgir por razón de dudas posteriores a la transacción relativas a su extensión y objeto.

Entiende este mismo autor que los jueces llamados a interpretar el acto deberán remitirse a la intención probable de las partes, cuidando, según dice Pont, de no dar al contrato una extensión exagerada, para impedir que el reposo que aquéllas compraron al precio de la renuncia recíproca de sus derechos, no sea turbado por la reiniciación del pleito y, como la intención de renunciar no se presume, según está dispuesto por el artículo 847 del Código Civil argentino, la interpretación restrictiva es de la naturaleza misma de la transacción. Lo que equivale a decir que, si por vía de interpretación se ampliase el alcance de dichas renuncias, se desvirtuaría la común intención de las partes. Estima De Gásperi que por generales que sean los términos de la transacción, se ha de entender que ella no abarca sino los puntos de que las partes quisieron ocuparse.

Rezzónico[2556] señala que la transacción es de interpretación estricta o restrictiva, debido a que implica una renuncia recíproca y toda renuncia es de interpretación estricta o restrictiva.

2555 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, tomo III, pp. 235 y 236.

2556 Rezzónico, Luis María. *Op. cit*, volumen II, p. 1029.

Considera el citado profesor que justamente porque es de interpretación restrictiva, la transacción sólo extingue los derechos litigiosos o dudosos que según la intención de las partes están comprendidos en ella inequívocamente, cuyos efectos no perjudican ni aprovechan a los demás interesados que no intervinieron en ella, aunque se trate de obligaciones indivisibles, ni afectan a terceros.

Según Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas[2557], la transacción es de hermenéutica estricta, lo que significa que la transacción sólo comprende y extingue los derechos litigiosos o dudosos exclusivamente considerados en ella según la común intención de las partes, debiendo entenderse, en caso de duda, que no alcanza a los derechos no incluidos en ésta de manera absolutamente inequívoca[2558].

Aunque en el Código Civil peruano de 1984 no existen similares preceptos a los contenidos en el *hoy derogado*[2559] Código Civil argentino respecto de la interpretación restrictiva de los actos que impliquen renuncia de derechos, no cabe la menor duda de que los principios que inspiran este parecer son también aplicables al Derecho peruano, en la medida en que debe tenerse muy en cuenta el contenido literal y el espíritu del acto transaccional, pues se entiende que debe quedar claro el alcance de aquellos derechos sobre los cuales las partes se están poniendo de acuerdo en sus respectivas concesiones recíprocas. Concesiones son cesiones y, por lo tanto, renuncias, y éstas jamás pueden interpretarse un milímetro más allá de lo nítidamente expresado por las partes.

Finalmente, por tener la transacción carácter de cosa juzgada, es obvio que, al igual que en un juicio en el que el juez únicamente puede resolver sobre la base de los puntos controvertidos y de las pretensiones, de lo expresamente señalado (y demostrado) por las partes, y no interpretando a su libre albedrío, de igual forma la transacción debe estar sujeta al mismo criterio.

2.12. El «valor de cosa juzgada» de la transacción

El artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984, en su último párrafo, establece que la transacción tiene valor de cosa juzgada. Ésta, como sabemos, constituye lo resuelto por sentencia firme en última instancia, en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, y contra la cual ya no se admite recurso alguno. Por ello, la cosa

2557 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 335 y 336.

2558 La razón del artículo 835 del *hoy derogado* Código Civil argentino estriba —según los profesores citados— en que aunque la ley no vea en la transacción una renuncia, ésta existe por ambas partes en los hechos, resultando, en consecuencia, de aplicación el principio de interpretación restrictiva establecido también para la renuncia de los derechos en el artículo 874 de ese Código Civil; se sigue de este carácter que, en principio, la transacción no aproveche ni perjudique a los demás interesados que no hayan participado en ella. [El texto en cursiva corresponde a la tercera edición]

2559 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

juzgada se eleva al nivel de las verdades, adquiere la categoría de Derecho puro y no cabe contradecirla[2560].

La Comisión Revisora del Código Civil peruano[2561] expresa lo siguiente:

> El tercer párrafo (del artículo 1302 del Código Civil peruano de 1984), introducido por el legislador a propuesta de los doctores Haya de la Torre, Zamalloa Loaiza y Cárdenas Quirós y con la redacción del Dr. Zamalloa Loaiza, se inspira en la parte final del artículo 850 del Código Civil argentino.

2560 Guillermo Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, pp. 397 y 398) reproduce los más generalizados conceptos técnicos, teorías y normas positivas sobre la cosa juzgada, por lo que consideramos de interés transcribirlos:
«1. Conceptos técnicos.- Según Manresa se da este nombre "a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia". Para Escriche se denomina así lo "que se ha decidido en juicio contradictorio, por una sentencia válida de que no hay o no puede haber apelación sea porque la apelación no es admisible, o se ha consentido la sentencia; sea porque la apelación no se ha interpuesto dentro del término prescrito por la ley; o habiéndose interpuesto, se ha declarado por desierta". Para Chiovenda se está ante la incontrovertibilidad de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia.
2. Teorías.- Resumiendo la exposición mecanográfica de Silva Melero, entre las principales formuladas sobre la materia, a un lado de la de Savigny, fundada en la fusión de verdad, aparece la de cuasicontrato judicial, consecuencia de someterse voluntariamente las partes al resultado del proceso, en virtud de contrato judicial perfeccionado por la *litis contestatio* (v.).
Para Hellwig, el contenido de la sentencia no afecta las relaciones jurídicas substanciales, que subsisten en el caso de error judicial. El efecto de la cosa juzgada es de índole procesal, frente a los órganos jurisdiccionales, obligados a observar lo juzgado; lo cual los imposibilita no sólo para juzgar en contrario, sino hasta para iniciar cualquier otro juzgamiento sobre lo mismo.
Bülow se sitúa en la posición de constituir 1: cosa juzgada una ley especial. Para Goldschmidt, la cosa juzgada es la validez judicial de una pretensión procesal como fundada o infundada; ante todo, la exterioridad de una doble ordenación jurídica. La validez de la sentencia se apoya en el poder del juez. La cosa juzgada está más allá del Derecho, porque la aplicación de éste por los jueces se mantiene fuera de la ordenación jurídica. El Derecho le reconoce a la cosa juzgada que sea reconocida como Derecho.
Situándose en terreno más práctico que teórico, Alsina declara que, en el proceso, las partes no pretenden sino una declaración definitiva sobre la cuestión litigiosa, de manera que no pueda ser discutida de nuevo ni en ese proceso ni en ningún otro; y que, de contener una condena quepa ejecutarla sin nuevas revisiones. Deduce dos efectos de ello: uno negativo, porque la parte condenada o cuya demanda ha sido rechazada no puede plantear de nuevo la cuestión ante los tribunales; y otro positivo, en el sentido de que la parte cuyo derecho haya sido reconocido en la sentencia, puede obrar en justicia sin que ningún juez pueda desconocer la cosa juzgada.
3. Normas positivas.- En una posición generalmente compartida, el Cód. Civ. esp., se ocupa de la cosa juzgada entre las presunciones, aunque su lugar técnico correcto pertenezca a los efectos de las sentencias y fallos. Determina su art. 1.251 que, "contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión". Además, para que surta sus efectos en otros juicios se requiere que entre el caso sentenciado y aquel en el cual se invoca, exista la perfecta identidad de cosa, causa, personas y calidad de los litigantes. La indivisibilidad de las prestaciones, la solidaridad y el ser causa-habiente del primer litigante no destruyen la identidad de personas a tal efecto. La presunción de cosa juzgada se extiende a terceros, por razón de orden público, cuando el fallo se refiera al estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias (artículo 1.252).
De rechazo se determina que la transacción produce entre las partes los mismos efectos de la cosa juzgada; pero sólo cabe el apremio en la de carácter judicial que le ponga fin a un pleito ya entablado».

2561 BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, p. 8.

LECTURA EXCLUSIVA

> Tiene por objeto reafirmar que los asuntos dudosos o litigiosos y aun los no controvertidos, siempre que las partes se hayan efectuado concesiones recíprocas, no pueden reabrirse y ellas no pueden exigirse el cumplimiento de los derechos a que han renunciado, declinado, o disminuido por la transacción y si alguna quisiera discutir la cuestión transigida, la restante podrá oponerle exitosamente la excepción de transacción (artículo 317 del Código de Procedimientos Civiles).
>
> Tanto la transacción judicial cuanto la extrajudicial tiene valor de cosa juzgada. No es privativa de aquélla tal característica.
>
> Al comentar el artículo 850 del Código Civil argentino, Rezzónico sostiene que la transacción, al igual que la sentencia con fuerza de cosa juzgada, se tiene por verdad y concluye definitivamente la cuestión [...].
>
> La circunstancia de que la transacción tenga el valor de cosa juzgada y por tanto, no se permita revivir la controversia sobre los derechos anteriores a la transacción (cuya discusión dio lugar a ella), es sin perjuicio de que la parte transigente perjudicada con el incumplimiento de la otra, pueda solicitar la resolución del contrato, judicial o extrajudicialmente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil, en razón de que la transacción es un contrato con prestaciones recíprocas.
>
> Esta situación puede originarse en el caso de que la transacción sea creativa de relaciones jurídicas diversas de las controvertidas. Tal hipótesis puede ocurrir cuando en un litigio sobre cumplimiento de contrato, el comitente y el contratista de una obra, ponen fin al pleito por transacción y, además, mediante ésta, las partes acuerdan llevar a cabo una nueva operación comercial, bajo la forma de compraventa de cosa futura. Es indudable, pues, que en esa eventualidad, de acuerdo al párrafo tercero del precepto, tienen valor de cosa juzgada la relación litigiosa extinguida y la creada por la transacción. Sin embargo, se permite que la parte que resulte perjudicada por el incumplimiento de la otra (el comprador de un bien futuro por falta de entrega de éste en el plazo estipulado), solicite la resolución de la transacción.

Sin embargo, la doctrina es unánime en cuestionar el hecho de que no pueden asimilarse íntegramente los efectos de la transacción a los de la cosa juzgada.

Así, Troplong[2562] recuerda que ha insistido, además, acerca del consentimiento, con el fin de distinguir mejor la transacción de la cosa juzgada, que es también una manera de terminar los procesos, pero que los limita en autoridad y no a través de un consentimiento recíproco.

La comparación entre la transacción y la cosa juzgada es célebre en el Derecho y se fundamenta en que la transacción es un juicio pronunciado por las partes

2562 TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 552 y 553.

en sus propias causas, pero a entender de Troplong, sin embargo, falta mucho para que la transacción y la cosa juzgada sean idénticas en el fondo. Un juicio —dice— es el fruto de una convicción llevada hasta la certidumbre en el pensamiento del magistrado que lo pronuncia. Por el contrario, una transacción casi siempre es una concesión levantada por la duda sobre el derecho y por la desconfianza de su propia opinión.

El juicio se da sólo cuando surge una duda. La transacción puede referirse a dudas que están por surgir.

Y aunque fuese admitido por fuerza de cosa juzgada, el juicio puede ser objeto de ataque de varias vías de Derecho, la casación, la demanda civil. Para Troplong[2563] una transacción tiene más solidez; y en esta relación es más sagrada que el juicio.

Añade Troplong[2564] que, por otro lado, hay casos en los que no se puede atacar una transacción por piezas descubiertas nuevamente, mientras que se puede hacer vacilar la cosa juzgada por dicha circunstancia.

Precisa el exégeta francés que se puede quebrantar un juicio sobre un punto dado y, sin embargo, se puede mantener en otro. En cambio, en la transacción, la nulidad de una de las disposiciones conlleva naturalmente a la nulidad de las demás, puesto que por regla general todas las partes de una transacción se encadenan entre sí de manera inseparable.

Resulta importante lo anotado por Troplong con respecto a los terceros, pues hace una distinción entre la transacción y la cosa juzgada. El juicio es ejecutorio para los terceros. La transacción se mantiene entre las partes. Recuerda que un artículo del Código Napoleón también tiene cuidado en decir: «Las transacciones tienen la autoridad de la cosa juzgada entre las partes», pues, en efecto, la transacción tiene entre las partes mucho poder y quizás más que la cosa juzgada.

Dentro de tal orden de ideas, señala Troplong que, más allá de las partes, la transacción no tiene la autoridad de la cosa juzgada, no tiene virtud ejecutiva y, más aún, hay que ser mucho más reservados para oponerla a los terceros que cuando se trata de la cosa juzgada. Así, algunas veces se admite que se representó a tal persona en un juicio por el demandante o el demandado y no se le permite reponer en cuestión lo que se juzgó con sus presuntos representantes; pero se pregunta Troplong[2565] cómo se podría aceptar fácilmente semejante presunción en una materia que depende de la arbitrariedad de los transigentes; si es justo que se haga rebotar a los contratantes un acto que es obra de su propia voluntad; si porque una de las partes se preocupó por su situación y sus derechos y porque hizo

2563 *Ibidem*, p. 648.
2564 *Ibidem*, pp. 648 y 649.
2565 *Ibidem*, p. 650.

el sacrificio voluntario, se puede deducir que otras deban hacer lo mismo, y no es preciso que para aquellos las cosas permanezcan completas. Asimismo, se ve que el jurisconsulto Scaevola decide que una transacción no tiene efecto con personas que no formaron parte de ella, pero respecto de las que sí se supondría que tuvieron representación si se tratara de una cosa juzgada.

En relación con las diferencias y semejanzas entre la transacción y la sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, De Gásperi[2566] estima que, si se limitan sus efectos como lo hace el artículo 1030 del Código Civil del Brasil de 1916, poco o nada hay que observar en ella; pero el artículo 850 del Código Civil argentino agrega un concepto expuesto a controversias, cual es el de que la transacción tiene para con las partes «la autoridad de la cosa juzgada». Anota De Gásperi que en esto se fundan las críticas que se han formulado a la equiparación de ambos institutos, pues, como bien lo han hecho notar Troplong, Baudry-Lacantinerie y Wahl, hay entre ellas más diferencias que semejanzas.

Recuerda De Gásperi que la similitud esencial que entre la transacción y la cosa juzgada había señalado Bigot-Preameneu, consiste en que ambas no pueden ser rescindidas por error de derecho; pero este parecer es impugnado a su vez por Baudry-Lacantinerie y Wahl, porque la causa principal de la reforma de las sentencias es precisamente el error de derecho. Otro parecido entre ellas es que las dos producen efectos declarativos, aunque este particular sea también discutido.

Para De Gásperi nada ha abonado tanto estas discrepancias como la nota del propio codificador argentino al artículo 850, escrita bajo la influencia de las ideas de Troplong y de Aubry y Rau, de la que resulta limitada la «autoridad de la cosa juzgada» a la *exceptio litis, per transactionem finitae*; no habiendo nada en ella que autorice a decir que esta equiparación permite la ejecución de la transacción por los trámites procesales de la ejecución de sentencias.

Salvat[2567] considera que, para explicar el efecto extintivo de la transacción, se ha recurrido en doctrina a la idea, expresamente enunciada en la parte final del artículo 850 del Código Civil argentino, de que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, idea cuyo origen se hace remontar al Derecho romano, del cual ha pasado al Código Civil francés y, por intermedio de éste, a los numerosos Códigos que se han inspirado en él. Agrega Salvat que en apoyo de esta idea puede invocarse un doble argumento: 1° que la transacción lo mismo que la sentencia, concluye definitivamente la cuestión; 2° que la transacción no puede intervenir sino para solucionar cuestiones dudosas o litigiosas, de manera que si bien es cierto que ella tiene su fuente en la libre voluntad de las partes, también lo es que esta voluntad sólo puede ejercerse cuando hay de por medio una

2566 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, tomo III, pp. 232-234.

2567 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 251 y 252.

cuestión dudosa o litigiosa; pero la tendencia general de la doctrina moderna es contraria a la asimilación entre la transacción y la cosa juzgada, que los mismos autores que la defienden reconocen ser demasiado absoluta[2568].

Recuerda Salvat lo sostenido por Chevalier, en cuanto a que la asimilación de la transacción a la sentencia sólo debe entenderse, según lo señalaron los redactores del Código francés, en el sentido de su irrevocabilidad y su intangibilidad.

Rezzónico[2569] piensa que la transacción tiene para las partes y sus sucesores autoridad de sentencia que hace cosa juzgada, a pesar de que la doctrina moderna es contraria a esa asimilación, en razón de diferencias esenciales. Rezzónico recuerda que se considera que, mediante la transacción, las partes sustituyen la sentencia que el juez hubiera tenido que dictar y extinguen su jurisdicción pronunciando ellas mismas una sentencia declarativa de sus respectivos derechos.

Según Cazeaux y Trigo Represas[2570], el artículo 850 del *hoy derogado*[2571] Código Civil argentino establece que la transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado y tiene para con ellos la autoridad de la cosa juzgada. Recuerdan los profesores citados que en la nota a ese artículo, Vélez Sarsfield expresa que la razón de este texto legal estriba en que el objeto de la transacción es establecer derechos que eran dudosos, o acabar pleitos presentes o futuros, y se juzga que las mismas partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos; no obstante lo cual se encarga de señalar, acto seguido, «que las transacciones difieren de las sentencias», por las circunstancias que ahí explica, siendo por ello que en la actualidad la doctrina se opone

2568 Estima Salvat que pueden, en efecto, invocarse en contra de ella los siguientes argumentos:
«(a) Desde luego, bien examinado el texto romano que ha servido de origen a esa doctrina, puede preguntarse si ese texto ha querido establecer un principio general o si más bien se ha tratado de justificar la solución del caso particular sometido a la decisión de los emperadores;
(b) En segundo lugar, el efecto extintivo de la transacción y las diversas consecuencias prácticas derivadas de él pueden explicarse, sin hacer intervenir para nada la idea de cosa juzgada, por los principios del Derecho de los Contratos: la transacción tiene fuerza de ley entre las partes, lo mismo que cualquier otro contrato y es lógico entonces que, siendo voluntad de las partes poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo;
(c) Por último, existen entre las transacciones y las sentencias judiciales las siguientes diferencias: 1° las formas son diferentes; 2° las sentencias recaen siempre sobre un juicio trabado, la transacción puede celebrarse, sea sobre una cuestión litigiosa, sea sobre una cuestión simplemente dudosa; 3° las transacciones pueden ser atacadas por adolecer de vicios de la voluntad, las sentencias no; 4° la transacción puede ser atacada por medio de una acción de nulidad, contra las sentencias sólo cabe los recursos que las leyes de procedimiento prescriben; 5° las transacciones son indivisibles y, por consiguiente, al menos en principio, deben ser mantenidas o anuladas en el todo; las sentencias, por el contrario, pueden ser anuladas sólo en parte».

2569 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, p. 1030.

2570 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo II, p. 336.

2571 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

a tal asimilación de efectos entre la sentencia y la transacción, que en definitiva sólo existe cuando ésta versa respecto de derechos litigiosos y no cuando se transa sobre derechos meramente «dudosos» y además se circunscribe a una única circunstancia: la de que ambas pueden concluir una litis judicial.

Debemos señalar que la transacción judicial se puede efectuar en cualquier momento del proceso. Incluso, si han sido ya expedidas alguna o algunas sentencias, siempre y cuando éstas no tengan el carácter de cosa juzgada, vale decir, que se hayan interpuesto contra ellas los recursos impugnatorios respectivos, o que la ley franquee su interposición y que los plazos para tal efecto no hayan vencido.

Por nuestra parte, consideramos necesario dar una adecuada interpretación al texto del artículo 1302, *in fine*, del Código Civil peruano. Al decirse que la transacción tiene valor de cosa juzgada y al decir nosotros que lo pactado en ella es irrevisable, nos estamos refiriendo, naturalmente, al caso en el cual a través de la transacción se haya puesto término o se haya dado claridad solamente a una situación jurídica dudosa o litigiosa.

Pero, como hemos visto, cabría también la posibilidad de que la transacción comprenda relaciones diversas a aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes y que a través de la transacción se hayan creado, regulado, modificado o extinguido estas relaciones distintas.

En tal sentido, si se hubieran incluido en la transacción otros asuntos y, a través de la transacción, las partes se hubiesen comprometido a la ejecución de determinadas obligaciones, y éstas se incumplen, cabría la duda de si debería plantearse una acción judicial o si dicho cumplimiento sería exigible en vía de ejecución de sentencia. Por nuestra parte, creemos que el último de los anotados sería el camino correcto, pues no consideramos que el sentido del artículo 1302 sea que el acreedor deba promover un nuevo juicio.

Sería el caso, por ejemplo, en que se ponga término a una discusión o controversia acerca de la compraventa de un departamento o el pago de su precio en dinero, que por virtud de la transacción una de las partes se comprometa a entregar a la otra un vehículo; y que la entrega de dicho vehículo no se produzca (se incumpla la obligación) o que, habiéndose producido, no llegue a satisfacer a la otra parte, por tener vicios ocultos (por sólo citar un ejemplo de lo que podría ocurrir). En este caso, lo lógico y eficiente sería exigir el cumplimiento vía ejecución de sentencia y no promover un juicio.

Refuerzan los argumentos de que la transacción no tiene valor de cosa juzgada aquellos que facultan la anulación de ésta, incluso no habiendo creado ninguna nueva obligación ajena a la que constituye materia de controversia. En tal sentido, la doctrina considera que la transacción puede ser anulada por presentar algún vicio de la voluntad.

Así, Larenz[2572] estima que sería opuesto a la finalidad de la transacción (transformar la situación jurídica litigiosa o incierta en otra incontestable para el futuro) el que, después de concluida, alguna de las partes pudiese hacer valer que en realidad ha sido obligada a menos de lo que ésta reconoció en la transacción, o facultada para exigir más que aquello con lo que se conformó en la transacción. La posibilidad de recurrir a la situación jurídica anterior queda excluida desde el momento en que la relación obligatoria ha sido modificada por una transacción. Pero el caso es distinto cuando la situación de hecho, aceptada como cierta por ambas partes de la transacción, no responde a la realidad y expresa o tácitamente ha constituido el contenido de aquélla, de modo que el litigio o la incertidumbre no hubiesen surgido de haberse conocido la verdadera situación de hecho.

Así —dice Larenz—, el heredero testamentario A transige con el legatario B sobre la extensión del legado, acerca de la cual existen dudas según el tenor literal del testamento. Más tarde resulta que el testamento es nulo, por lo que ni A es heredero, ni B legatario; está claro que, de haber conocido ambos la nulidad, no hubiera surgido litigio sobre la extensión de la supuesta obligación de pagar el legado, pues la ley determina que en este caso la transacción es ineficaz.

A decir de Larenz, se trata de un supuesto de defecto o falta de base (subjetiva) del negocio: las dos partes se equivocaron acerca de una circunstancia de la que ambas partieron al concertar la transacción y si, por consiguiente, A ha reconocido en la transacción su supuesta deuda en una cierta extensión, a juicio de Larenz, este reconocimiento queda anulado con la nulidad de la transacción.

Según el citado tratadista, únicamente en el supuesto de que la transacción implicara la base de un reconocimiento «abstracto», y de esta forma se hubiese creado un fundamento obligacional autónomo, A hubiera necesitado exigir de B su consentimiento para la anulación de la obligación por la transacción creada utilizando una pretensión de enriquecimiento. Si, por el contrario, A hubiese sido heredero legal y el litigio resuelto por la transacción entre él y B fuera precisamente la validez del testamento (y con ella la de la pretensión de legado a favor de B), entonces permanecería válida e inimpugnable la transacción celebrada, aunque después resultase evidente, bien la validez o la nulidad del testamento.

La jurisprudencia nacional[2573], respecto a este punto ha establecido que: «El artículo 1302 tiene implicancias procesales, siendo una forma de terminación del proceso, que tiene valor de cosa juzgada, por lo que, del análisis de dicho artículo se tiene que, a pesar de estar contenido en el Código sustantivo, es de carácter mixto».

Independientemente de las consideraciones generales antes señaladas respecto a la relatividad del principio de cosa juzgada en sede de transacción, vamos a efectuar un análisis pormenorizado de la materia dentro del ámbito de nuestra

2572 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, pp. 140 y 141.
2573 Casación n.º 646-98-Lambayeque.

legislación civil. En este sentido, debemos afirmar que no hay lugar al carácter de cosa juzgada en la transacción en una serie muy numerosa de supuestos, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

- **Anulación de la transacción por capacidad de ejercicio restringida de la persona**[2574]

Se trata del supuesto contemplado en el artículo 221, inciso 1, del Código Civil peruano, norma que establecía, en el texto original del Código, que el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente. Así, si una de las partes que celebrara una transacción adoleciera de esta incapacidad, la transacción sería anulable. El Decreto Legislativo n.º 1384 modificó el texto de la norma, estableciendo que el acto jurídico es anulable "Por incapacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44".

- **Anulación de la transacción por vicio de error sobre la propia esencia del objeto del acto.**

Este supuesto está contemplado en los artículos 221, inciso 2, y 202, inciso 1, del Código Civil.

La doctrina tiene un parecer mayoritario en favor de la anulación de la transacción por error, tratamiento usual a cualquier acto jurídico que adolezca de este vicio.

Troplong[2575], sin embargo, adopta una posición menos radical. Este exégeta francés ha dicho en todo momento que, siendo la transacción más fuerte y más sólida que la cosa juzgada, escapa a algunos recursos que tienen por naturaleza derribar a los juicios. Por ejemplo, cuando un error de derecho vicia una sentencia, se inicia el recurso de casación y la Corte Suprema elimina la decisión que desconoció la verdad legal, pues son las partes quienes, precisamente, quieren demandar el derecho. En cambio, una transacción no es atacable por error de derecho, siendo la razón comprensible, pues, en primer lugar, no se supone el error de derecho, o por lo menos no es excusa fácil. Además, siempre se supone que la transacción tiene una causa justa, dado que le basta haber conciliado a las partes y extinguido sus diferencias[2576].

2574 Texto correspondiente a la tercera edición.

2575 TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, p. 651.

2576 Así pues —expresa Troplong—, sería el caso de una parte propietaria de una sucesión que transigiese con una persona que sin derecho y erróneamente se dice única propietaria de esta misma sucesión. Esto es un error y todos los derechos van a ser en realidad devueltos a la otra parte. No importa, pues el error de derecho no viciará la transacción.
Recuerda Troplong (*Ibidem*, p. 652) que Titus, acordando la calidad de heredero a Primus, quien no la tiene aún o no la tiene por completo, transige con él como si estuviese investido de este derecho, aunque sin derecho de repartición. Una transacción como ésta se fundamenta en un error de derecho: pero este error no podría invalidar la verdad. Además, se vicia un efecto con la nulidad de derecho que se pudo conocer y, al suponerlo válido, una parte transige en sus efectos. Esta transacción —segun Troplong— es buena, no habría cómo obtener su nulidad.

- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre una cualidad del objeto del acto**

Esta causal de anulación está contemplada por los artículos 221, inciso 2, y 202, inciso 1, del Código Civil de 1984.

- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre las cualidades personales de la contraparte**

Anota Troplong[2577] que se puede dar la rescisión (anulación, en el caso peruano) de la transacción si se presenta error sobre la persona, como sería el caso si yo creo que usted es mi parte adversaria, mientras que es otro, y yo transijo con usted, siendo la transacción inútil. Recuerda Troplong que esto enseña Scaevola como ejemplo: un deudor tenía un recurso por ejercer contra el heredero de su acreedor; él transige con Maevius, creyendo que este último era el heredero con el que tenía un negocio; sin embargo, esto era un error; Maevius no era heredero, era Scepticius quien estaba llamado a la sucesión, de conformidad a un testamento que no se conocía todavía; es cuestión de saber cuál es el valor de esta transacción, bien para Maevius, o bien para Scepticius.

Señala Troplong que resulta preciso responder que, si se pagó algo a Maevius por efecto de esta transacción, la que lo suponía falsamente heredero, él debe entregarlo, que es el caso de la condición *indebiti*, debido a que la transacción falta a su objetivo, ésta no le da la seguridad que se prometió al que hizo un sacrificio; esta transacción deja de pie a todos los sujetos del debate o del proceso y no impide al verdadero heredero reanimar a todos los sujetos de querella que se haya querido extinguir, pues, efectivamente, en cuanto a Scepticius, esta transacción es *res inter alios acta*, ya que no puede valerse de ella o no puede oponerla.

Troplong relata que una sentencia del Tribunal de Casación decidió —aun con todo— que la transacción fundada en error de derecho no resumiría un consentimiento por el cual se pudiera valer contra la parte. Sin embargo, esta sentencia, aunque expresa en su especie, no puede tener importancia, pues si a consecuencia de un error general una persona (que cree que los muy célebres juicios arbitrarios, honrados por la República, eran inatacables) había transigido en el año m, cuando luego quiso apelar en casación, se le opuso esta transacción a título de no recibir. Sin embargo, el Tribunal de Casación no se detuvo en esto, pues considerando la generalidad de tal error y sus desastrosos efectos, el legislador había creído liberar a aquellos que habían cometido este error en sus consentimientos.

Para el citado exégeta francés, en todos estos casos el error es radical, vicia el consentimiento en donde debe estar más libre, más reflexivo. Sin embargo, fuera de estos casos graves y previstos especialmente por la ley francesa, la ignorancia y el error de hecho son insuficientes para hacer rescindir una transacción.

Escribe Troplong (*Ibidem*, p. 653) que el error sobre el objeto del debate es también una causa de rescisión. Así, si Maevius transige en el sujeto del inmueble A, mientras que el litigio originado o por originarse se refiere al inmueble B, este error fundamental le quita todo valor a la transacción y, por lo demás, es fácil ver que esta causa de error se encontrará raramente, puesto que una transacción no se realiza sin preciar el objeto, cuyas partes entienden tratarlo.

2577 TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII. pp. 662 y 663.

Por lo demás, esta causal se encuentra contemplada expresamente en los artículos 221, inciso 2, y 202, inciso 2, del Código Civil peruano.

- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial de derecho**

La transacción también sería susceptible de anularse por causa de error esencial de derecho, causal prevista por la ley peruana en los artículos 221, inciso 2, y 202, inciso 3, del Código Civil.

- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre la cantidad (*in cuantitate*).** Esta posibilidad de anular el acto jurídico se contempla en los artículos 221, inciso 2, y 204 del Código Civil.
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error en el motivo o falsa causa.** El sustento legal de esta causa de anulación está constituido por los artículos 221, inciso 2, y 205 del Código Civil.
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la naturaleza del acto.** Esta causal se basa en los artículos 221, inciso 2, y 208 del Código Civil peruano.
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido al objeto principal de dicha declaración.** Tal anulación podría plantearse invocando como base legal los artículos 221, inciso 2, y 208 del Código Civil.
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la identidad de la persona.** La base legal de este supuesto está constituida por los artículos 221, inciso 2, y 208 del Código Civil peruano.
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por acción**[2578]**.**

Como sabemos, el dolo es causal de anulabilidad del acto jurídico y, por lo tanto, de la transacción.

Al respecto resulta ilustrativo el ejemplo que señala Troplong[2579]. Si un asegurado había transigido con su asegurador en cuanto a que, por medio de una cantidad de 6,800 francos que él había recibido, había dejado a este último la propiedad del navío en el caso en que regresara a un buen puerto. Por una reticencia calculada, el asegurado había ocultado al asegurador la existencia de contratos con copia que gravaban el navío. Habiendo regresado el navío y habiendo tenido conocimiento el asegurador de las cargas que dejaban sin valor al navío,

2578 Se puede anular una transacción por dolo, por acción en virtud de lo dispuesto en los artículos 221, inciso 2, y 210 del Código Civil.

2579 TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 659 y 660.

este último pidió la rescisión de la transacción. Recuerda Troplong que una sentencia de la Corte de Bordeaux no dudó en pronunciarla, calificando de dolo el hecho en el que consiste.

Pero Troplong considera que no se debería concluir en aquello, por lo que la pretensión presentada por una de las partes es injusta, exorbitante, a saber, que el dolo se produce en la transacción, pues cada uno es dueño de intentar, con sus riesgos y peligros, una acción mal fundamentada. Al adversario corresponde resistirse a esto, está fundamentada, no hay razón para permitir a un adulto de veinticinco años, quien es doctor en Derecho y quien realizó la transacción, demandar la rescisión fundamentándose en ignorancia de la ley.

- **Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por omisión.** Es anulable la transacción cuando ella está afectada por vicio de dolo omisivo, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 221, inciso 2, y 212 del Código Civil peruano.
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo proveniente de un tercero.** Sería anulable la transacción si una de las partes hubiese sido víctima de dolo proveniente de un tercero. Ello, con base en lo dispuesto por el artículo 221, inciso 2 y, especialmente, por el segundo párrafo del artículo 210 del Código Civil, precepto que establece que «Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él».
- **Anulación de la transacción por vicio resultante de intimidación.** De acuerdo a lo establecido por el artículo 215 del Código Civil peruano: «Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.— Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias».

Como base legal de esta anulación debemos mencionar también a los artículos 214, 216 y 221, inciso 2, del Código Civil peruano.

- **Anulación de la transacción por vicio resultante de violencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 214 del Código Civil.** La violencia es causa de anulación del acto jurídico, aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en él. Asimismo, tiene base legal en el artículo 221, inciso 2, del mismo cuerpo normativo.
- **Anulación de la transacción por haber sido celebrada con simulación relativa.** Al tema resulta aplicable el artículo 191 del Código Civil: «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». También el artículo 192:

EDUARDO CASTILLO FREYRE

«La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona». Finalmente, el artículo 221, inciso 3, del Código Civil, precepto que establece que el acto jurídico es anulable por simulación cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

- **Anulación de la transacción por mandato legal.** Conforme a lo previsto por el artículo 221, inciso 4, del Código Civil, el acto jurídico es anulable cuando la ley lo declara como tal. Como la transacción es un acto jurídico, el precepto le sería aplicable.
- **Nulidad de la transacción por ausencia de la manifestación de voluntad del agente.** Esta causal tiene fundamento en el artículo 219, inciso 1, del Código Civil peruano.
- **Nulidad de la transacción por haberse practicado por persona absolutamente incapaz.**[2580] El inciso 2 del artículo 219 del Código Civil establecía, en su texto original, que el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 del mismo cuerpo legal, norma que prescribía que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. No obstante, este precepto fue derogado por el Decreto Legislativo n.º 1384. Remitimos al lector a nuestras múltiples críticas al respecto[2581].
- **Nulidad de la transacción por tener objeto física o jurídicamente imposible.** Se basa en el artículo 219, inciso 3, del Código Civil peruano.
- **Nulidad de la transacción por tener objeto indeterminable.** Su fundamento es el artículo 219, inciso 3, *in fine*, del Código Civil.
- **Nulidad de la transacción por tener fin ilícito.** Se sustenta en el artículo 219, inciso 4, del Código Civil.
- **Nulidad de la transacción por adolecer de simulación absoluta.** El artículo 190 del Código dispone: «Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo». En tal sentido, es factible demandar la nulidad de un acto jurídico celebrado por simulación absoluta en virtud de lo previsto por el artículo 219, inciso 5, del Código Civil.
- **Nulidad de la transacción por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad.** El artículo 219, inciso 6, del Código Civil establece que el

2580 Texto correspondiente a la tercera edición.

2581 Ver: Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 105-115 y Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje.* (Quinta parte). *Op. cit.*, pp. 63-73.

acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Y el artículo 1304 del propio Código señala que «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio». De no cumplirse con lo previsto en este artículo, la transacción adolecería de nulidad absoluta.

- **Nulidad de la transacción cuando la ley así lo declare.** Esta nulidad se basa en el artículo 219, inciso 7, del Código Civil.
- **Nulidad de la transacción cuando sea contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.** Esta causal de nulidad se basa en el artículo v del Título Preliminar y en el artículo 219, inciso 8, del Código Civil peruano, salvo que la ley establezca sanción diversa.
- **Rescisión del acto transaccional por existir vicio de lesión.** El artículo 1455, inciso 1, del Código Civil peruano establece que no procede la acción por lesión en la transacción. Podría resultar cuestionable, sin embargo, desde un punto de vista doctrinario, la generalidad de la prohibición, como veremos.

Troplong[2582] trata el tema de la transacción y la lesión. Recuerda que, aunque lo hayan dicho Bartole y su cuantiosa escuela, no hay razón para hacer una causa de rescisión de la transacción y nada sería más perjudicial para el interés público que permitir a las partes volver a tratar una transacción con el pretexto de lesión. Así, la ley 78, 16, D., decide que no hay lesión grave que pueda suprimir una transacción, pues no sería posible llegar a la prueba de una lesión, ni sabría la parte que se pretende lesionada que le favorecería el resultado del proceso; se podría sostener que se perdió la transacción y que se habría ganado por el proceso, pues quizá se habría perdido además por la sentencia del juez.

Luego Troplong considera que, si la transacción es más una repartición entre los herederos que una verdadera transacción, no debemos detenernos en la apariencia de las cosas y ahí se admitirá la acción por lesión en los términos del artículo 888 del Código Napoleón.

Por el contrario, si parece que las partes, cuando tienen pretensiones diversas y contrarias en la consistencia de sus correspondientes derechos, norman sus intereses por una verdadera transacción, se debería descartar el artículo 888 y la norma bajo análisis tendría la preferencia.

En el Perú, bajo la vigencia del Código Civil de 1984, el tema ha merecido diversas opiniones de la doctrina que se ha ocupado del mismo, como Max

2582 TROPLONG, Raymond Théodore. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 656 y ss.

Arias-Schreiber[2583], quien manifiesta su parecer favorable al texto legal que prohíbe rescindir los contratos de transacción atacados del vicio de lesión.

Manuel de la Puente y Lavalle se inclina levemente por el parecer contrario[2584].

2583 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Op. cit.*, tomo I, pp. 249 y 250: «La razón por la que no cabe la lesión en la transacción estriba en que por ésta las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada, según lo establece el artículo 1302. En lo que atañe a la venta realizada por remate público, además de que no es voluntaria sino impuesta, la última oferta por cuya virtud se produce la adjudicación está expresando el valor real del bien subastado, de modo que no puede válidamente concebirse la desproporción de las prestaciones, ni el aprovechamiento de la necesidad apremiante.
No se ha considerado en este precepto la norma que existía en el Código de Comercio (artículo 339 según la cual "no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiera procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal"). Como la compraventa mercantil ha quedado fusionada con la civil (artículo 2112 del Código Civil vigente) nada impide que quien realiza actos de comercio y venda mercadería pueda invocar los artículos comentados en las páginas anteriores. En nuestra opinión, esta posición no es la más adecuada. En efecto, si bien es verdad que un comerciante puede no ser ajeno al aprovechamiento de una necesidad apremiante (artículo 1447), lo cierto es que conferirle la posibilidad de accionar por lesión constituye un riesgo para el fluido y acelerado tráfico contractual que es propio de esta área».

2584 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo III, pp. 365-367:
«El artículo 1455 del Código Civil peruano se inspira, en lo relativo a la transacción, en el artículo 1970 del Código Civil italiano, según el cual la transacción no puede ser impugnada por causa de lesión. Comentando este artículo del Código italiano dice Messineo que la lesión sufrida por una de las partes es un evento que no legitima para pedir la rescisión de la transacción. "Se discute, agrega, sobre el fundamento de tal inaplicabilidad del instituto de la rescisión a la transacción; probablemente no explica la norma una incompatibilidad lógica entre lesión y transacción, sino que la explican razones de oportunidad: el propósito legislativo de evitar que surja (sobre la valoración de la entidad de las respectivas concesiones) una *litis*, siendo así que la transacción se había encargado de prevenir y, en general, de componer precisamente una *litis*; y, quizá la tendencial equiparación de la transacción a la composición judicial por medio de sentencia, y aquella proporción de elemento aleatorio que puede verse en toda transacción en virtud de la cual concurriría la ratio misma del cuarto apartado del artículo 1448 (según el cual no podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios)".
Puede observarse que la última razón que invoca Messineo para justificar la improcedencia de la acción por lesión en la transacción no es aplicable para el ordenamiento legal peruano, desde que el segundo párrafo del artículo 1447 del Código Civil establece que procede también la acción rescisoria en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.
Arias-Schreiber indica que la razón por la que no cabe la lesión en la transacción estriba en que por ésta las partes se hacen concesiones recíprocas y la operación tiene valor de cosa juzgada, según lo establece el artículo 1302. Romero Zavala, por su parte, dice que en la transacción hay renunciamiento al tiempo que se reconoce y se exige imprecisión, duda, contradicción en las cláusulas contractuales para que las partes apelen a este medio indirecto de extinguir el vínculo jurídico, agregando que en la transacción fluye el libre juego de los intereses y las voluntades, y cada parte cede en alguna medida derechos que podría exigir.
No llego a compartir estos argumentos por cuanto, si bien son válidos si se toma en consideración exclusivamente el elemento objetivo de la lesión, o sea, la desproporción entre las prestaciones, carecen de justificación cuando se tienen en cuenta los elementos subjetivos, que son el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.
En efecto, siendo la transacción un contrato, es dable que las condiciones de la transacción sean impuestas por una de las partes abusando del estado de necesidad en que se encuentra la otra, que lleva a ésta a aceptar tales condiciones por ser la única manera como puede satisfacer su

Si bien en el plano teórico, podría pensarse en la posibilidad de rescindir una transacción viciada de lesión[2585], el artículo 1455, inciso 1 del Código Civil peruano es muy claro y la transacción no puede rescindirse invocando el vicio de lesión; ello, en la medida en que nunca podrá determinarse el elemento objetivo de la lesión, dado que la transacción implica la existencia de concesiones recíprocas[2586].

- **Rescisión del acto transaccional si el mismo comprende una venta de bien ajeno**[2587]

Si la transacción contuviera una compraventa y uno de los bienes materia de la transacción tuviese el carácter de ajeno, vale decir, que no perteneciera a la parte que se obliga a transferir su propiedad en aras de solucionar el asunto dudoso o litigioso, podría pensarse en aplicar la rescisión del contrato, por lo dispuesto en el artículo 1539 del Código Civil («La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda»); no obstante, siempre nos enfrentaríamos con la prohibición establecida por el artículo 1455, inciso 1 del propio Código.

- **Rescisión del acto transaccional si el mismo comprende una venta de bien parcialmente ajeno**[2588]

Aquí también, podría pensarse en aplicar el artículo 1540 del Código Civil peruano, norma que prescribe que: «En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio». No obstante, siempre nos enfrentaríamos con la prohibición establecida por el artículo 1455, inciso 1 del propio Código.

- **Rescisión del acto transaccional si el mismo comprende una compraventa sobre medida**

Cabría la posibilidad de imaginar rescindir una transacción si se configurara el supuesto del artículo 1575 del Código Civil, norma relativa a la compraventa sobre medida, que establece que «Si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión», *pero siempre nos enfrentaríamos con la prohibición establecida por el artículo 1455, inciso 1 del propio Código*[2589].

---

necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones. Convengo, sin embargo, en la razón dada por Arias-Schreiber de que el artículo 1302 del Código Civil establece que la transacción tiene el valor de cosa juzgada, por lo cual no se podría interponer una acción judicial para rescindirla».

2585 Texto correspondiente a la tercera edición.

2586 Texto correspondiente a la tercera edición.

2587 Texto correspondiente a la tercera edición.

2588 Texto correspondiente a la tercera edición.

2589 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- **Rescisión del acto transaccional por alguna otra causal prevista por el Código Civil o cualquier otra norma legal**

Es evidente que resultaría factible demandar la rescisión de una transacción en caso de que esta última contenga una causal de rescisión contemplada por el Código Civil o por cualquier otra ley vigente en la República.

- **Resolución de la transacción por incumplimiento**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil, con las concesiones recíprocas materia de la transacción también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquéllas que han constituido objeto de controversia entre las partes. Si la transacción fuera creadora de obligaciones, las cuales fuesen incumplidas por una de las partes, resultaría de aplicación lo prescrito por los artículos 1428 y siguientes del Código Civil, que facultan al contratante perjudicado (en un contrato con prestaciones recíprocas) a solicitar judicial o extrajudicialmente la resolución de la relación contractual (con la salvedad de si se trata de una transacción judicial, caso en el cual no cabe resolver el contrato de transacción, como veremos oportunamente).

El artículo 337 del Código Procesal Civil señala que: «El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.— La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.— Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.— Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso».

- **Resolución por excesiva onerosidad de la prestación**

Teóricamente, cabría la posibilidad de que se presente en una transacción el supuesto de excesiva onerosidad de la prestación, tema regulado en los artículos 1440 y siguientes del Código Civil[2590].

2590 A continuación, consignamos los textos de los artículos 1440 y 1441 del Código Civil:
Artículo 1440.- 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 la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- **Resolución del acto transaccional por existir un supuesto de evicción**

En caso se produzca una transacción que dé lugar a que se presente un supuesto de saneamiento por evicción, el contratante perjudicado podría promover la resolución del contrato. 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 (argumento del artículo 1501).

- **Resolución del acto transaccional por existir un vicio oculto**

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1511 del Código Civil, y si se tratara de una transacción, no habría inconveniente alguno en aplicar el principio ahí expresado, en el sentido de que «El adquirente puede pedir, en razón al saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato».

- **Resolución del acto transaccional por presentarse alguna otra causal contemplada por las partes o prevista por la ley**

No cabe duda de que una transacción resultaría susceptible de resolverse si se presentara algún supuesto especial —no mencionado en la relación que antecede— que hubiera sido previsto por las partes en el acto de transacción o que estuviese contemplado por la ley con dichas consecuencias.

Dentro del propio título sobre transacción existen causales de nulidad o anulabilidad, si no se cumplen los requisitos allí establecidos: artículos 1303, 1304, 1305, 1306, 1307, 1308 y 1310.

2.13. Diferencias y semejanzas entre la transacción y otras figuras jurídicas

2.13.1. Transacción y sentencia

Para Lafaille[2591], la transacción guarda similitud con la sentencia, porque pone fin al proceso y también por algunos de sus principales efectos, pero en el presente caso serían los magistrados quienes dirimen la contienda y solamente mediando litigio, al paso que dentro de la figura analizada lo hacen los propios contendores, pudiendo comprender igualmente los puntos dudosos, no sujetos a pleito.

Artículo 1441.- Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

2591 LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 400 y 401.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Rezzónico[2592] señala que la transacción es, como la sentencia judicial, declarativa y no traslativa de derechos. La transacción es declarativa porque no crea ni transfiere derechos nuevos; se refiere a derechos o títulos anteriores poseídos por las partes que transigen. Así —dice Rezzónico—, si yo desisto de mi derecho sobre este libro transigiendo con un tercero que reivindica su propiedad, éste no adquirirá por tal causa ningún nuevo derecho, sino que conservará el mismo que antes invocaba, pues únicamente se libera del derecho que yo le podía oponer.

Sintetizando, puede decirse —según Rezzónico— que como consecuencia del efecto declarativo de la transacción: a) la parte que declara o reconoce derechos de la otra no está obligada a garantizarlos; b) no le impone responsabilidad en caso de evicción.

En opinión nuestra, la transacción tiene similitudes con la sentencia o con el laudo, cuando nos encontremos dentro de un proceso judicial o arbitral, respectivamente.

De acuerdo con el ordenamiento legal peruano, dicha transacción —que pondría fin al litigio o arbitraje— debería ser aprobada por la autoridad judicial o arbitral (aunque en el arbitraje ello no es indispensable) que conoce del asunto materia de la transacción; pero no debe confundirse la transacción con la sentencia o con el laudo, por más que estos últimos recojan completamente el sentido de dicha transacción, pues la transacción es un acto motivado por la voluntad de las partes, en tanto la sentencia o el laudo provienen de un acto de autoridad. En los casos de transacción judicial o arbitral, la sentencia constituye el acto que sigue al acuerdo transaccional y es una mera consecuencia de este último. Con la transacción las partes obligan a la autoridad que conoce del litigio a reconocer la validez de sus pareceres y, en tal virtud, al haber llegado a un arreglo, simplemente declaran extinguido el proceso judicial o arbitral.

La sentencia que aprueba una transacción judicial o el laudo que aprueba una transacción arbitral tienen, por lo tanto, características meramente declarativas y no constitutivas de derechos.

2.13.2. Transacción y juramento decisorio

El juramento decisorio era un medio probatorio previsto por el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, que consistía en ofrecer como prueba una especial «confesión» de la contraparte. Esta era una prueba a la cual los litigantes casi nunca recurrían, pues en la práctica implicaba que el proceso terminara con una sentencia que recogiese íntegramente la declaración de la contraparte (la que, como es de evidencia, era improbable que fuese favorable a las pretensiones de aquel que ofreciera dicho juramento decisorio).

2592 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, volumen II, pp. 1029 y 1030.

Las diferencias entre el juramento decisorio y la transacción son ostensibles en la medida en que la transacción importa concesiones recíprocas que se hacen las partes mutuamente, en tanto que el primero implica el que una parte se someta a la decisión o parecer de la contraria en un proceso judicial. Podría decirse que en el juramento decisorio existe una voluntad de la parte que lo ofrece destinada a aceptar lo que manifieste la parte contraria. Ello, por cierto, no implica concesiones recíprocas, sino únicamente la concesión de una parte respecto de la otra, pues quien tiene que deferir juramento decisorio podría no ceder en absoluto en su posición original, y de esta forma la sentencia judicial a través de la cual concluya el proceso tendría que recoger en su integridad los argumentos sostenidos en todo tiempo por una de las partes.

Por último, el juramento decisorio sólo puede tener lugar dentro de un proceso judicial, en tanto que la transacción puede ser judicial o extrajudicial.

2.13.3. Transacción y convenio arbitral

En el *convenio arbitral*, por más que intervienen todas las voluntades en juego, no se pone fin a la controversia, *sino solamente se establece que, en determinados supuestos, la controversia será resuelta por un tribunal arbitral (jueces privados)*, en sustitución de la vía jurisdiccional[2593].

Precisa Levenhagen[2594] que, según definición de Clóvis Beviláqua, convenio es el acto jurídico por el cual las partes, en vez de recurrir al poder judicial, escogen jueces-árbitros para decidir sobre sus cuestiones.

Estima Levenhagen que hay sensible semejanza entre el convenio y la transacción, pero la diferencia es fácilmente perceptible. Con la transacción se pone fin a la cuestión o se evita la que surja; en cambio, el convenio no elimina el litigio, sólo sustituye la jurisdicción ordinaria, por una excepcional. Pero también hay afinidad entre convenio y transacción, pues ambos constituyen actos jurídicos extintivos de obligaciones.

Agrega el citado profesor que, como consecuencia de la semejanza existente, hay legislaciones extranjeras y juristas que conceptúan al convenio como contrato, un ejemplo de lo que ocurre con la transacción.

En opinión nuestra, la transacción difiere sustancialmente del convenio arbitral, ya que cuando las partes celebran una transacción, tienen plena conciencia de cuáles son los derechos, verdaderos o supuestos, que cede cada una de ellas en favor de la otra. En cambio, cuando ambas partes pactan un convenio arbitral para someter a arbitraje un asunto de carácter dudoso con la finalidad de que un

2593 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2594 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, pp. 171-173.

tribunal arbitral solucione dicha controversia, no conocen por anticipado cuál será la decisión (laudo) que expida ese tribunal.

Sin embargo, la transacción y el convenio arbitral tienen similitud en un aspecto. En el caso del convenio arbitral, ambas partes acuerdan que, si existiera un asunto controversial someten su decisión a un proceso arbitral que concluya con un laudo expedido por un tribunal arbitral[2595]. Con ello están, en cierto modo, efectuando concesiones de carácter recíproco, pues acuerdan que aceptarán lo que dicho tribunal arbitral resuelva sobre la controversia existente.

No obstante ello, el convenio arbitral dista mucho de ser una transacción.

2.13.4. Transacción y confirmación

La transacción no es ni una confirmación[2596] ni una ratificación (que es un negocio unilateral, sin concesiones recíprocas ni concurso plural de voluntades).

Son marcadas las diferencias entre la transacción y la confirmación, según se desprende de los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil. Por lo demás, el ámbito de la confirmación no sólo estaría restringido a los actos jurídicos anulables, sino también a los contratos que se ven afectados por un vicio de rescisión (ello, pues al no existir precepto alguno que prohíba confirmar un acto rescindible, se entiende que tal confirmación resulta jurídicamente aceptable).

2.13.5. Transacción y renuncia

Una serie de categorías, vistas en forma aislada, como la renuncia, el desistimiento y el reconocimiento, dependen de una sola parte interesada, faltando uno de los rasgos esenciales de la transacción, a saber, la bilateralidad en las concesiones.

No obstante, la renuncia reviste cierta similitud con la transacción, en la medida en que a través de la transacción en las denominadas concesiones recíprocas que se efectúan las partes existe una renuncia de cada una de ellas a sus pretensiones de origen, en tanto aceptan la posibilidad de llegar a un acuerdo en el que existe una cesión a favor de su contraparte. Puede decirse que no hay transacción sin renuncia; pero igualmente debe precisarse que para que exista transacción,

2595 Texto correspondiente a la tercera edición.

2596 La confirmación es una figura relativa a los actos jurídicos, la misma que se encuentra regulada en el Título X del Libro de Acto Jurídico del Código Civil peruano, artículos 230, 231 y 232: Artículo 230.- Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo. Artículo 231.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad. Artículo 232.- La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

dicha renuncia debe tener carácter bilateral. Si sólo una de las partes renunciara a derechos, no estaríamos en presencia de una transacción, sino de una condonación total o parcial, dependiendo de cuál sea su magnitud.

2.13.6. Transacción y donación

La transacción no es susceptible de ser confundida con la donación debido a que en ésta una de las partes actúa con espíritu de liberalidad (*animus donandi*), en tanto que en la transacción este elemento no existe, pues ambas partes actúan en función de su propio interés. De ahí las concesiones recíprocas. *Y, al existir concesiones recíprocas y tener el objeto de la transacción carácter patrimonial, entonces la transacción siempre será un acto que se celebre a título oneroso. Conceptualmente, no existe la transacción a título gratuito*[2597].

Si bien puede ser calificada como contrato, la transacción es también un medio extintivo de obligaciones, característica con base en la cual ha recibido tratamiento legislativo en el Código de 1984. La donación, en cambio, es un contrato típico, a través del cual una parte (donante) se obliga a transferir la propiedad de un bien de manera gratuita a otra parte (donatario). Es en virtud de estas consideraciones que, a pesar de que algunos autores estimen necesario hacer un deslinde explícito entre ambas figuras, las diferencias son tan claras y ostensibles que justifican tan sólo un escueto comentario.

2.13.7. Transacción y condonación

La condonación es el perdón de una deuda acordado entre acreedor y deudor. No interesa si para llegar a dicha condonación nos encontramos en presencia de una deuda de carácter dudoso. Lo que interesa es que el acreedor convenga con el deudor en que ella no se cobrará ni total ni parcialmente, lo que equivale a decir que deciden extinguirla sin que se haya ejecutado. En otras palabras, la condonación importa solamente renuncia o concesión de los derechos de una de las partes hacia otra, en tanto la transacción implica una renuncia recíproca o concesiones recíprocas.

2.13.8. Transacción y mutuo disenso

La transacción es un medio no sólo extintivo de obligaciones, ya que también puede ser modificatorio, regulatorio o creador de éstas, e incluso cumplir varias de estas funciones a la vez. Por su parte, el mutuo disenso sólo cumple una función extintiva.

En segundo término, la transacción sólo es aplicable al Derecho patrimonial (argumento del artículo 1305 del Código Civil), en tanto el mutuo disenso también

2597 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tiene relevancia dentro del Derecho de Familia, tal como se puede apreciar en el caso de la separación y ulterior divorcio por causal de mutuo disenso (ahora llamada separación convencional).

Luego, la transacción debe versar sobre un asunto de carácter dudoso o litigioso; en cambio, el mutuo disenso no tiene por qué presentarse ante un asunto de esta naturaleza, ya que puede no haber duda alguna respecto de la materia acerca de la cual las partes celebran dicho mutuo disenso, en la medida en que éste puede originarse, incluso, por la voluntad arbitraria de ambos contratantes.

Finalmente, la transacción puede resolver un asunto dudoso o litigioso nacido de fuente extracontractual o ajeno al convenio de aquellos que han celebrado un acto jurídico (como es el caso, por ejemplo, de la transacción celebrada sobre responsabilidad extracontractual); en cambio, el mutuo disenso sólo recae sobre actos jurídicos (ya sea de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial) que hayan celebrado las partes anteriormente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La necesidad de que la transacción contenga renuncia expresa de cualquier acción futura

Artículo 1303.- La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción.

1. Fuentes nacionales del artículo 1303

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 1391: «Las transacciones se circunscriben a sus objetos; la renunciación que se hace de ellas de todos los derechos y acciones, no se entiende sino de lo que es relativo a la cuestión que ha dado lugar a ella»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1704: «De cualquier modo que se celebre la transacción, debe contener: 1° Los nombres de los contratantes; la relación puntual y lacónica de sus pretensiones; y si hay pleito pendiente, su estado y el juez ante quien pende; 2° La forma y las circunstancias del convenio, bajo del cual se hace la transacción; 3° La renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción, que tenga el uno contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción; 4° La pena convencional, si quieren imponérsela»; y el Proyecto de Código Civil de 1890 en su artículo 3018: «De cualquier modo que se celebre la transacción, en el instrumento que la contenga debe expresarse: 1° Los nombres de los contratantes, la relación exacta de sus pretensiones, y, si hay pleito pendiente, su estado, el Juez ante quien pende, y el Secretario Judicial o actuario que en él interviene; 2° La forma, o condiciones y circunstancias en que se celebra la transacción; 3° La renuncia de cualquiera acción, que cada uno de los contratantes tenga contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción; y 4° La pena convencional que quieren imponerse los que transigen».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, establecía sobre el particular, en el artículo 290, lo siguiente: «De cualquier modo que se celebre la transacción, debe contener: 1° La forma y las circunstancias del convenio bajo el cual se hace la transacción; 2° La renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción»; y el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 prescribía en el artículo 278 lo siguiente: «De cualquier modo que se celebre la transacción, debe contener:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1° La forma y las circunstancias del convenio bajo el cual se hace la transacción; 2° La renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro, sobre la cosa que es materia de la transacción».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regía la materia en el artículo 1298: «La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la transacción»; en tanto que el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1309: «La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la transacción».

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 172: «La transacción debe contener las circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción que tenga el uno contra el otro sobre el objeto que es materia de la transacción.— Con las concesiones recíprocas se pueden crear, modificar o extinguir también relaciones diversas de aquélla que ha constituido objeto de controversia entre las partes»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 158: «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 establecía, en el artículo 1321: «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1270: «La transacción debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción».

2. Análisis

Nuevamente se deja en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. Ambas partes se hacen concesiones recíprocas y renuncian a cualquier acción sobre el objeto de la transacción. Se trata de una renuncia recíproca, esencial para la existencia de la transacción. Ambas partes deben perder algo y ganar algo con la pérdida de la otra y, por último, ambas renuncian expresamente a accionar en contra de la otra respecto al punto materia de la transacción. La onerosidad y bilateralidad (sinalagma) se encuentran presentes como elemento eje de este acto.

El elemento de la reciprocidad también ha sido resaltado en el Primer Pleno Casatorio Civil, cuando se señaló lo siguiente, «Reciprocidad en la transacción. 13. El artículo 1303° del Código Civil deja en claro la relevancia del elemento reciprocidad en esta figura extintiva. El sentido del artículo es evidente, tomando en cuenta la finalidad de la transacción, cual es la de no reabrir el asunto que dejó

de ser controvertido, dudoso o litigioso; por lo tanto, la eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Estos beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella».[2598]

Ahora bien, el sentido del artículo bajo comentario resulta evidente, tomando como punto de partida la finalidad de la transacción, su razón de ser. Ésta es, como sabemos, no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso. Terminar el pleito judicial o arbitral en curso o evitar iniciar uno. La eficiencia y practicidad, que constituyen las ventajas de la transacción, giran alrededor de esta economía en términos de tiempo, recursos e incertidumbre. Estos beneficios se tornarían estériles si la transacción no tuviera la calidad de definitiva, es decir, si pudiera iniciarse, reiniciarse o proseguir un proceso judicial sobre el mismo tema, al cual las propias partes encontraron solución y convinieron en ella.

Puesto que los efectos de no revisar dicho acto se deducen de la naturaleza misma de la transacción, siendo ésta irrevisable, no se requeriría, en estricto, efectuar la precisión que este artículo prescribe imperativamente. En cualquier caso, habiéndose señalado en la norma que define a la transacción su valor de cosa juzgada, resulta incuestionable que las partes ya no podrán promover acción alguna sobre el asunto transigido.

Nos parece que el requisito establecido por el legislador de consignar en la transacción la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga la una contra la otra sobre el objeto de dicha transacción es más de carácter recordatorio para las partes respecto del punto final que están poniendo a discusión, que un verdadero imperativo legal.

Además, habiendo impuesto la ley esta formalidad (el que se consigne la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción), mas no sancionando con nulidad su inobservancia, entonces no se trata de una formalidad *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*, que constituye el supuesto bajo comentario[2599]. Nótese que nos estamos refiriendo a la inclusión de esta renuncia y no a la formalidad escrita de la transacción extrajudicial, la misma que sí es solemne.

Por ello, ante la posible interrogante respecto a lo que podría ocurrir si al celebrarse una transacción las partes no expresaran por escrito dicha renuncia, consideramos que tal omisión no acarrearía necesariamente la nulidad o ineficacia del acuerdo transaccional, por más que la norma sea de carácter imperativo

2598 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 956. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2599 El artículo 144 del Código Civil señala que: «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

(emplea el término «debe»). La renuncia constituye, a nuestro entender, un agregado menos necesario para el Derecho que útil para las partes contratantes, en el sentido de sólo recordarles que la transacción celebrada no podría impugnarse en el futuro (esto en términos psicológicos, ya que tales seguridades de todas formas existen, puesto que la renuncia está implícita en la transacción misma).

Parece conveniente, sin embargo, no omitir tales expresiones en una transacción, porque un juez rigorista podría pretender fulminarla de nulidad.

La jurisprudencia nacional ha establecido que: «Del análisis del artículo 1303 del Código Civil se tiene que dicha norma exige la renuncia de las partes a cualquier posibilidad de iniciar alguna acción a su contraparte con respecto al objeto sobre el que transa, condición que tiene repercusiones procesales y el requisito que establece no es de carácter *ad solemnitatem*, por lo que esta causal no puede ser acogida»[2600].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2600 Casación n.º 467-99-Lima.

Formalidad de la transacción

Artículo 1304.- La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio.

1. Fuentes nacionales del artículo 1304

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar como antecedente del artículo 1304, a la Ley de las Siete Partidas, Ley 114, Título XVIII, Partida Tercera.

El artículo 1304 del Código 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 1386: «La transacción es un contrato por el que las partes terminan un pleito comenzado, o evitan uno o muchos por comenzarse. Este contrato debe ser escriturado»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en su artículo 1705: «La transacción celebrada por escritura pública, producirá su efecto, desde que se otorgue legalmente.— La que se haga por escritura privada, desde que se reduzca a instrumento público y se protocolice.— Y la que conste por petición al juez, desde que se legalicen las firmas».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 prescribía lo siguiente en sus artículos 3016: «La transacción debe constar por instrumento público o privado, o por petición dirigida al Juez con legalización, en este último caso, de las firmas de los que transigen»; 3017: «Si la transacción versa sobre cosas muebles o valores que no excedan de mil soles, puede celebrarse por acta ante Juez de Paz y dos testigos; salvo que sobre el objeto de la transacción, haya juicio pendiente ante Juez de primera instancia, que, en tal caso, la transacción debe celebrarse con intervención de ese Juez, o por escritura pública»; y 3019: «La transacción celebrada por escritura pública produce efecto, desde que ésta es otorgada legalmente; la celebrada por instrumento privado, desde que éste se reduce a escritura pública, o se protocoliza judicialmente; y la que consta por escrito presentado al Juez, desde que por mandato de éste se legalizan las firmas, o desde que interpone su autoridad, cuando aquéllas son legalizadas sin previa orden judicial».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en su artículo 289: «La transacción celebrada por escritura pública, producirá su efecto, desde que sea otorgada.— La que se haga por escritura privada desde que se reduzca a instrumento público.— Y la que conste por petición al juez, desde que se legalicen las firmas»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo hacía en el artículo 277: «La transacción celebrada por escritura pública, producirá su efecto, desde que sea otorgada.— La que se haga por escritura privada, desde que se reduzca a instrumento público.— La que conste por petición al juez, desde que se legalicen las firmas»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en el artículo 1297: «La transacción se hará por escritura pública, o por petición al juez que conoce del litigio»; y el Código Civil de 1936, en el numeral 1308: «La transacción se hará por escritura pública o por petición al juez que conoce del litigio».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 legislaba sobre el particular en el artículo 171: «La transacción se hará por escritura pública o por petición al juez que conoce del litigio»; mientras el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 159: «La transacción se perfecciona con la declaración de las partes expresada por escrito. Si hubiese litigio, será necesario ponerla en conocimiento del juez de la causa».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 preveía en su artículo 1322 lo siguiente: «La transacción se perfecciona con la declaración de las partes expresada por escrito. Si hubiese litigio, será necesario ponerla en conocimiento del juez de la causa»; y el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1271: «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio».

2. Análisis

De acuerdo con su formación, los contratos pueden ser consensuales[2601], formales[2602] o reales[2603].

La transacción es un contrato formal, ya que la ley le impone una formalidad, bajo sanción de nulidad (*ad solemnitatem*). Es requisito indispensable para su formación o celebración el que se haga por escrito, en el caso de transacción extrajudicial, o por petición al juez (evidentemente también por escrito) en el caso de transacción judicial. Esto no obsta, naturalmente, para que existiendo juicio

2601 Los contratos consensuales son aquéllos que para su celebración sólo requieren del consentimiento de las partes.

2602 Son formales aquellos contratos que para su celebración requieren que el consentimiento de las partes se exprese a través de una determinada formalidad, sin la cual dicho acto no se considera celebrado. Es el caso de los contratos *ad solemnitatem*. Si no se cumple con expresar el consentimiento a través de una determinada formalidad impuesta por la ley o por las propias partes, el acto es nulo.

2603 Los contratos reales son aquéllos que además del consentimiento de las partes, requieren de la entrega de un bien (por lo general, una cosa) para que se consideren celebrados. La figura de los contratos reales ha sido suprimida en el Código Civil de 1984. En este cuerpo legislativo, los contratos son consensuales o formales, pero nunca tienen el carácter de reales.

las partes puedan transigir por convenio privado y cualquiera de ellas presente un ejemplar del mismo en el litigio, con lo que concluiría el proceso.

En el Derecho argentino, el requisito de formalidad varía en función de si la transacción es judicial o extrajudicial. En materia de transacción judicial la forma es de rigor (*ad solemnitatem*), como puede apreciarse de la lectura del artículo 838 del Código Vélez Sarsfield: «Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella».

Héctor Lafaille[2604] señala que en la definición misma de la transacción se habla de derechos dudosos, por una parte, y de litigiosos, por otra. Cuando son litigiosos, la transacción se hace con la intervención de la justicia, que ha entendido en el pleito. Cuando son meramente dudosos, no hay necesidad de dar intervención a la autoridad judicial, sino que más bien la transacción actúa como medio preventivo del pleito. Imaginando el caso de una reivindicación, Lafaille supone que ambas partes han llegado a un acuerdo, al que han asistido testigos y que consta en un documento privado; luego surgen dificultades de detalle y una de las partes se retira. Así, se pregunta si podría probarse la existencia de la transacción. Estima que no, ya que por tratarse de un derecho litigioso la formalidad es imprescindible: la transacción debe, entonces, presentarse firmada ante la autoridad competente.

Lafaille considera adecuado que la ley sea exigente en este punto (estando de acuerdo con tal criterio la legislación comparada y la doctrina en general), pues se tiende a evitar que la transacción, en lugar de ser una manera de cortar litigios, dé nacimiento a otros nuevos sobre existencia o inexistencia de aquélla.

Resulta interesante observar cómo en algunas legislaciones el criterio de formalidad o solemnidad para este acto tiene diverso tratamiento en función al tipo de obligación que se contraiga por medio de las concesiones recíprocas. Por ejemplo, en el Derecho alemán, la transacción está sujeta a forma cuando mediante ella se extingue una obligación o se acepta otra con carácter complementario, para cuyo nacimiento la ley establece forma determinada. Exigiendo la transacción concesiones recíprocas, entonces se trataría de un contrato bilateral en el sentido de los artículos 320 y siguientes del BGB, es decir, de un contrato puramente obligatorio, y las disposiciones efectuadas a través de especiales actos de ejecución permanecen válidas aun cuando alguna obligación o disposición proveniente también de la transacción sea nula; la validez de las demás sólo puede impugnarse fundándose en el enriquecimiento sin causa, en caso de faltar la base jurídica[2605].

2604 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 370 y 371.

2605 Discrepando con esta posición, Karl Larenz (Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, pp. 139 y 140) expresa que como la transacción puede contener tanto actos obligatorios como dispositivos, para calificarla ha de atenderse a su respectiva finalidad, pero siempre se trata de «un negocio jurídico

En nuestro Derecho, la solución del artículo 1304 del Código de 1984 contrasta con la del artículo 1308 del Código Civil de 1936, que exigía para la transacción escritura pública o petición al juez que conocía del litigio. Evidentemente, la escritura pública como requisito implicaba un gasto considerable, que no en todos los casos estaba por debajo del monto de la controversia que se quería zanjar, por lo que muchas veces (particularmente en asuntos de poca importancia patrimonial o reducido volumen económico) transigir era más oneroso que cumplir con las prestaciones en la forma solicitada por la otra parte antes de la transacción[2606], lo cual resultaba desproporcionado y, a todas luces, ineficiente. Por lo demás, la escritura pública añadía innecesaria complejidad al acto de la transacción.

Cabe señalar, sin embargo, que siempre existió duda en relación a si la formalidad exigida por el Código Civil de 1936, respecto de la escritura pública, era *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Sobre el tema existen opiniones discrepantes y ejecutorias supremas contradictorias.

La afirmación de que el formalismo de la transacción era *ad probationem*[2607] fue recogida por numerosos tratadistas nacionales y extranjeros, y es el concepto que predomina en la doctrina. La transacción, siendo un contrato consensual, quedaba concluido o celebrado con el simple acuerdo de voluntades y tenía por objeto decidir los asuntos dudosos o litigiosos suscitados entre las partes contratantes, haciéndose concesiones recíprocas. Por ejemplo, José León Barandiarán[2608] sostenía que «La formalidad impuesta no es *"ad solemnitatem"* sino de prueba. En general, las declaraciones de voluntad no están sometidas a formalidad que sea requisito para su validez. La transacción, de otro lado, no es acto traslativo sino declarativo de derechos; y si hay actos del primer carácter que sólo "*consensu perficiuntur*", menos motivo habría para, tratándose de uno del segundo carácter, exigir una condición de forma para su existencia».

Asimismo, el Código Civil peruano de 1936 distinguía el acto del documento que servía para probarlo[2609].

No existía, por lo demás (con el Código Civil de 1936), razón suficiente que justificara la formalidad *ad solemnitatem* como elemento constitutivo de la transacción, ya que, en general, las formas de extinción de las obligaciones no requerían, para producir plenamente sus efectos, del cumplimiento de formalidad alguna.

unitario» en el sentido del artículo 319 del BGB. Por consiguiente, la nulidad de una obligación o disposición en ella contenida tiene como consecuencia, en la duda, la nulidad de la transacción en su conjunto. Y dicha nulidad se extiende a todas las disposiciones contenidas en el contrato.

2606 Hay un singular pero apropiado refrán popular que dice: «La lavada cuesta más que la camisa».

2607 Confróntese el artículo 1308 del Código Civil de 1936.

2608 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, pp. 536 y 564.

2609 El artículo 1131 del Código Civil de 1936 disponía que: «No debe confundirse el acto con el documento que sirva para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto».

A modo de ejemplo, podemos mencionar a la condonación, que es la manera más onerosa para el acreedor de extinguir una obligación, porque ella se efectúa a título de beneficencia.

La condonación es un acto que, por su naturaleza e importancia, bien podría obligar a exigir la formalidad *ad solemnitatem* para su celebración. Empero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1298 del Código Civil de 1936, ella no requería la concurrencia de formalidad alguna. Por esa razón podía hacerse de cualquier modo que pusiera en evidencia la intención del condonante de renunciar a su derecho y la intención del condonado de aceptar dicha renuncia[2610].

Por otro lado, en todos aquellos casos en que el legislador de 1936 decidió exigir alguna formalidad en particular como condición esencial de un acto jurídico determinado, así lo prescribió expresamente[2611], en tanto que no existía sanción de nulidad que invalidase el acto o que prohibiese su celebración de modo distinto, en la transacción, como ha quedado expresado; en el contrato de sociedad (artículo 1689); en el mutuo cuyo valor era superior a quinientos soles (artículo 1585); en el depósito de cosas cuyo valor excedía de quinientos soles, exceptuando el depósito necesario (artículo 1608); en la compraventa (artículo 1383); en la hipoteca (artículo 1012), aunque esta última figura jurídica, por su naturaleza, requería de dicha formalidad, no para su validez como contrato, pero sí para que el derecho real que se constituía inscribiéndose en el Registro de la Propiedad Inmueble tuviese efectos persecutorios.

También se admitía la existencia de la sociedad de hecho, sobre la base de la prueba escrita, así como del mutuo y del depósito, por cualquier medio probatorio. Se aceptaba la promesa de hipoteca y, en cuanto a la compraventa de inmuebles o de derechos y acciones sobre ellos, aunque se hubiera entregado la cosa al comprador, éste podía retener el precio o la parte que debiere hasta que fuere otorgada la correspondiente escritura pública, manteniéndose el contrato plenamente válido y produciendo todos sus efectos (artículo 1427).

Como en la transacción, en todos los casos citados los actos eran absolutamente válidos, no prescribiendo el Código Civil de 1936 su nulidad por carecer del requisito de escritura pública, por no haberse respetado la forma escrita o por no haberse empleado otra formalidad cualquiera en particular. Se trataba pues, en todas esas situaciones, de contratos consensuales que, por tener tal carácter, se celebran con el simple acuerdo de voluntades. Podemos concluir, por esas

2610 Recordamos que no basta el acto de renuncia del condonante para que se celebre la condonación, sino que se requiere la aceptación del deudor, convirtiéndose así en un acto bilateral. Producida la aceptación, el acto genera efectos definitivos. Todos los actos que contengan una liberalidad, sean ínter vivos o *mortis causa*, requieren de una aceptación.

2611 A modo de ejemplo, se imponía la forma escrita, bajo pena de nulidad, en la fianza (artículo 1776) y en la donación de bienes muebles no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1474 del Código Civil de 1936. Se establecía el requisito de escritura pública, igualmente bajo pena de nulidad, en la renta vitalicia (artículo 1750).

EDICIÓN OFICIAL

razones, que para el Código Civil de 1936 la transacción no requería formalidad como requisito de validez.

Adicionalmente, puede señalarse que el Código de Procedimientos Civiles de 1912 —derogado el 28 de julio de 1993— no prescribía formalidad alguna para que la transacción produjese efectos plenos dentro del marco de un proceso judicial en trámite[2612].

Debemos referirnos también a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Una resolución suprema del 10 de enero de 1942 declaraba expresamente que el contrato de transacción era uno de carácter consensual, el cual, suscrito en minuta, facultaba a cualquiera de los interesados a exigir el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (artículo 1340 del Código Civil).

Volviendo a la solución del Código Civil de 1984, es claro que, habiendo considerado la existencia previa de un contrato o relación jurídica obligacional, además de un conflicto respecto de algún punto interno de ésta, sumado a los actos de disposición que implican las concesiones recíprocas y al carácter de cosa juzgada de la transacción, el legislador de 1984 llegó a la conclusión de que era indispensable otorgar seguridad plena a las partes exigiendo una formalidad *ad solemnitatem* (el Código de 1984 ha establecido el requisito de forma escrita bajo sanción de nulidad). Esto se da tanto en la transacción judicial como en la extrajudicial. Ello quiere decir que, en el caso de la transacción, la forma es constitutiva del acuerdo; sin la forma no existe transacción. Es de relevante importancia que las concesiones mutuas consten por escrito, a fin de que ambas partes tengan a su alcance un medio accesible para probar la existencia del acuerdo transaccional. En ese mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia nacional al señalar que: «La única formalidad con la que debe cumplir la transacción es que se perfeccione por escrito, por lo cual si el demandado no concurrió a una notaría a legalizar su firma, este hecho no priva de mérito ejecutivo a la transacción que se adjunta a la demanda»[2613].

De otro lado, resulta interesante citar una sentencia de la Corte Suprema, la Casación n.° 2619-2014-Ica, de fecha 6 de abril de 2015, en la que se relativiza la formalidad escrita de la transacción extrajudicial; ello, equivocadamente, por contravenir de manera expresa lo dispuesto por el artículo 1304, primera parte, del Código Civil, «3.6. Así las cosas con la presentación del escrito [...] mediante el cual el [Banco] - Sucursal de Ica, solicita la suspensión del remate programado, en virtud a haber arribado a un acuerdo armonioso [transacción] con los ejecutados en la forma de pago de las acreencias insolutas, se denota expresamente la existencia de un acuerdo verbal entre las partes, en el cual la ahora demandante

2612 El Código de Procedimientos Civiles de 1912 no dedicaba a la transacción regla alguna, por lo que puede deducirse que sólo se requería, además del acuerdo de voluntades de las partes, el documento por escrito.

2613 Expediente n.° 1152-2005-Lima.

se comprometía a cancelar parcialmente la deuda que mantenía pendiente con la entidad bancaria en referencia, y como consecuencia de ello esta última debía suspender el remate del bien inmueble materia de litis, ordenado en autos; de tal suerte que no se requería para este caso, la existencia de un contrato escrito como lo exigen las instancias de mérito. De lo que se concluye, que se ha obviado la valoración de esta prueba, en este contexto, al tratarse de un acuerdo verbal que dio origen a la presentación del escrito en cuestión, y que debió ser evaluada por el Juzgador; y en tal sentido, se advierte vulneración al debido proceso contemplado por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; así como trasgresión en la motivación, que afecta sustancialmente lo normado en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil [...]».[2614]

Finalmente, nos remitimos a la Casación n.° 533-2017-Ica, de fecha 9 de abril de 2018, en donde el juez evidencia la necesidad de realizar la transacción por escrito, «*Noveno*.- Habiéndose definido que al veinte de noviembre de mil novecientos noventa y cinco solo existía un acuerdo verbal entre las partes y no una transacción extrajudicial, para la validez de dicho acuerdo verbal no resultan aplicables las exigencias del artículo 1304 del Código Civil, conforme al cual: «La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al Juez que conoce el litigio», y por tanto, al no haberse aplicado dicha norma sustantiva para la solución de la controversia no se ha incurrido en infracción alguna. *Décimo*.- De modo similar, tampoco se advierte la infracción del artículo 1352 del Código Civil, según el cual, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad, toda vez que, el acuerdo del veinte de noviembre de mil novecientos noventa y cinco no constituía una transacción extrajudicial, sino que constituía un acuerdo verbal que se perfeccionó con el consentimiento de las partes, sin necesidad de que sea celebrado por escrito para ser válido».[2615]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2614 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 959. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2615 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 396. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Casacion-533-2017-Ica-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Derechos sobre los que se puede transigir

Artículo 1305.- Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

1. Fuentes nacionales del artículo 1305

El artículo 1305 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 1387: «Para transigir, es necesario tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El tutor y el curador no pueden transigir por el menor o por el inhabilitado para la administración de sus bienes, sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 239» (No puede transigir el curador con el menor que haya llegado a la mayor edad, sobre la cuenta de la tutela, a menos que sea conforme al artículo 258); en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en los artículos 1708: «Pueden ser materia de transacción todas las cosas que se hallen bajo el dominio del hombre»; 1720: «Se prohíbe transigir: 1°. Sobre lo que se deja en testamento, mientras vive el testador, y hasta que no se haga la apertura, si es testamento cerrado; 2°. Sobre delitos futuros; 3°. Sobre la pena impuesta en causa criminal; 4°. Sobre causas matrimoniales, bien que se puede transigir sobre esponsales»; y 1724: «Si alguno transige sobre cosas prohibidas, hace una transacción nula».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba la materia en los artículos 3036: «Se prohíbe transigir: 1°. Sobre herencias testamentarias y sobre legados mientras vive el testador, y hasta que no se abra el testamento, si éste es cerrado; 2°. Sobre validez o nulidad de algún matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor de éste; 3°. Sobre patria potestad, autoridad marital y estado legítimo o natural de familia; 4°. Sobre el derecho de pedir alimentos; pero sí se puede transigir sobre la importancia de la pensión o cuota alimenticia, y sobre pensiones ya devengadas; 5°. Sobre bienes de una sociedad o compañía, si el socio que transige no se halla bastante autorizado»; y 3037: «Lo dispuesto en el inciso 3°, del artículo anterior no impide transigir sobre intereses puramente pecuniarios que estén subordinados al estado de familia de alguno de los que transigen, aunque ese estado sea contradicho.— Pero, si se transige a la vez sobre el estado de la persona y los intereses pecuniarios provenientes de ese estado, la transacción es nula, sea que se haya dado un solo precio o cosa por el estado y los intereses pecuniarios, sea que se haya dado un precio o cosa por la renuncia del estado, y otra cosa o precio por los intereses pecuniarios».

ARIANO M. RIO CASTILLO FREYRE

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, abordaba el tema en el artículo 306: «Sólo en cuanto a los derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 292: «Sólo en cuanto a los derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordaba la materia en el artículo 1304: «Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción»; mientras que el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1315: «Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción».

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 173: «Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 160: «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, prescribía en el artículo 1323: «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1272: «Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción».

2. Análisis

2.1. Derechos sobre los que se puede transigir

El artículo 1305 del Código Civil peruano de 1984 prescribe que únicamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción. El sentido de esta disposición es claro: los derechos extrapatrimoniales, esto es, los derechos inherentes a la persona, no son susceptibles de renuncia por las partes. En este punto la doctrina no tiene resquicios de discrepancia, admitiendo como materia de transacción a todos los derechos dudosos o litigiosos que, siendo de interés privado y estando en el comercio, sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares.

Al respecto, el Primer Pleno Casatorio ha señalado lo siguiente, «No se puede transar sobre derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero. 70. Los daños extracontractuales pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, por ello se habla, respecto a los primeros, del daño emergente y del lucro cesante, en tanto que con relación al daño extrapatrimonial nos estamos refiriendo a los daños a la persona y el daño moral. Inclusive, de acuerdo al artículo 1306° del Código Civil, se puede transar sobre responsabilidad civil proveniente de delito, es decir, se puede pactar sobre la reparación de un daño causado por un hecho doloso; ergo, con mayor razón se puede transar sobre daños provenientes de actos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

culposos. De lo prescrito por el artículo 1985 de nuestro Código Civil, se colige que estos dos tipos de daños, patrimoniales y extrapatrimoniales, se pueden reparar patrimonialmente, es decir son indemnizables ya sea con una suma de dinero o con cualquier otra obligación que conlleve a resarcir el daño causado, de otro modo no habría manera de indemnizar. En suma, cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es patrimonializar el mismo, sean de naturaleza personal, material o moral. 71. A lo que se refiere el artículo 1305 del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, es a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, por ello se dice que no se puede transar sobre derechos familiares, esto es, por ejemplo, nadie puede ser hijo o pariente de otro por transacción, tampoco se puede instituir heredero forzoso vía transacción, así como no se puede convalidar un matrimonio nulo por transacción, o tampoco se puede transar con alguien para que se deje inocular el virus del VIH. En este último ejemplo sí se estaría atentando contra la salud, la misma que es entendida como una condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo, siendo su protección de interés público, razón por la cual toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley, siendo irrenunciable el derecho a su protección, conforme lo expresan los artículos I a II del Título Preliminar de la Ley General de Salud, Ley n.° 26842. 72. En el caso de autos no se ha transado sobre la salud en sí misma, porque las partes no han acordado que la una tenga el derecho de dañar a la otra, sino que se ha acordado en reparar ese daño causado a través de un monto dinerario, tal cual ocurre cuando, por ejemplo, a raíz de un accidente de tránsito, la parte culpable indemniza a la parte afectada o a sus herederos y no es que estén autorizándola a herirla o matarla, sino que se está tratando de reparar las consecuencias de ese daño causado. De lo expuesto, queda descartada toda vulneración a los artículos 5 y 1305 del Código Civil, por ende, las transacciones celebradas tienen plena validez».[2616]

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales no pueden formar parte del contrato[2617], encontrándose fuera del comercio de los hombres, por lo que se infiere claramente que no pueden ser objeto de transacción. Y ello porque la transacción, siendo un medio para la extinción de las obligaciones, es básicamente un mecanismo contractual.

Los derechos extrapatrimoniales son irrenunciables, por lo que no son objeto de transacción. Por ejemplo, todo lo concerniente a la persona humana (como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo), a la personalidad (como la capacidad, nacionalidad, estado civil), a la organización de la familia, a la filiación, a

2616 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 959. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2617 Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

las obligaciones o deberes y a los derechos o facultades que la ley confiere a los padres, tutores, curadores o a los cónyuges, comprometen al orden público. Son obligaciones y derechos intransferibles y, por ende, intransigibles.

Al interior del ámbito de los contratos, como se conoce, las personas pueden obligarse de las más variadas formas, sin poder, claro está, contraer obligaciones respecto de los bienes y derechos que se encuentran fuera del comercio de los hombres. Por ello es que los contratos y, por ende, la transacción, no pueden versar sobre esta clase de bienes y derechos.

De lo expresado podría inferirse que la norma bajo comentario resulta inútil, ya que la prohibición de transigir respecto de derechos extrapatrimoniales es obvia. Pero hasta cierto punto, al Derecho le interesa sacrificar tecnicismos en aras de proveer de claridad a temas claves (de alguna forma, este precepto nos recuerda la reiterada restricción contractual en caso de perjuicio a terceros).

En el Código Civil argentino *(hoy derogado)*[2618], el artículo 844 del Código Civil se encuentra relacionado con el artículo 833, en el que se establece que las cosas que están fuera de comercio y los derechos que no son susceptibles de constituir materia de una convención, no pueden ser objeto de transacciones. La doctrina de ese país considera conveniente analizar ambos rubros por separado, es decir, primero lo relativo a las «cosas que están fuera del comercio» y luego a «los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención».

En relación con las cosas, Boffi Boggero[2619], luego de precisar que la transacción sería sobre cosas a través de los derechos u obligaciones pretendidos sobre ellas (ambos integrantes del objeto de los actos jurídicos), señala que, cuando las cosas son absolutamente inenajenables, es fácil deducir que la transacción sobre ellas es imposible. Pero si son relativamente inenajenables, habrá posibilidad en la medida en que la autoridad competente lo autorice.

En cuanto a los derechos, Boffi Boggero, incluyendo por supuesto a las obligaciones, afirma que halla más fácil para el lector una exposición que mencione los casos sin apelar a una subdivisión entre «derechos patrimoniales y extrapatrimoniales», que a otra que sitúe los casos según los libros del Código; de ahí que prefiera realizarla en el sentido indicado. La idea central es la misma que la observada con referencia a las «cosas»: lo que tiene fundamento en un interés superior al privado, no es susceptible de transacción.

Coincidimos con Boffi Boggero en sus apreciaciones respecto de los derechos y obligaciones que no son materia de transacción, pero creemos que todos ellos se encuadran dentro de los derechos extrapatrimoniales, por lo que la definición de nuestro Código Civil es más idónea que la de efectuar una lista de salvedades

2618 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2619 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 423 y ss.

o excepciones, o verificar una enumeración taxativa de ellas, ya que siempre se corre el riesgo de omitir alguna o que las circunstancias de la vida y del comercio (mayormente de los avances tecnológicos) creen alguna nueva.

Es evidente que no pueden ser materia de transacción los derechos de los padres sobre los hijos, el estado de las personas, etcétera, pues en estos casos, aparte del interés privado en juego, también se encuentra el interés público, ya que se trata de instituciones de interés colectivo. En efecto, las personas no pueden renunciar a una situación que les corresponde por derecho de manera irrevocable, pues todos y cada uno de nosotros tenemos una filiación, un estado civil, etcétera, de carácter irrenunciable, por lo que cualquier transacción relativa a esos puntos es absolutamente nula. Y ciertamente se considera dentro de los derechos patrimoniales a aquellos de carácter absolutamente pecuniario que se encuentran en relación con estos derechos personales o de estado. Estos últimos no podrán disponerse, pero los primeros sí. De esa forma, una persona no puede transferir (por tanto, transigir) su derecho sobre una creación artística o un invento científico, pero sí puede transferir las regalías o los derechos pecuniarios derivados de éstos.

Héctor Lafaille[2620] sostiene, sobre este punto, que según el texto del artículo 847 del Código de su país, si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado y por el abandono de los derechos pecuniarios. Él se funda no sólo en el conocido principio de la indivisibilidad de la transacción, sino en razones de moral, porque por medio de este procedimiento se vendrían a violar, por vía indirecta, las disposiciones anteriores, las cuales no permiten que se transija sobre el estado civil de las personas.

En el caso peruano, no tenemos norma que concuerde con el citado artículo 847 del *(hoy derogado)*[2621] Código Civil argentino. Sin embargo, creemos que Lafaille tiene razón y, sin perjuicio de los argumentos por él esgrimidos, la validez de ciertas cláusulas que versan sobre el estado de las personas dentro de una transacción, vendría a violar la intención de los interesados al tratar de hacer pasar por válido parte de un acuerdo que nuestra ley, a través del artículo 1305, prohíbe. Es más, en un caso como el descrito en el párrafo anterior, no sólo se vulneraría la intención de los interesados, sino también el orden público se vería gravemente afectado; por ende, en adición a la aplicación del artículo 1305, también cabría aplicar lo dispuesto por el artículo v del Título Preliminar de nuestro

2620 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo vi, volumen i, pp. 364 y ss.

2621 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Código Civil y declarar la nulidad del acto que contenga una transacción de estas características[2622].

En relación con la posibilidad de transigir o no sobre deudas alimentarias, De Gásperi[2623] enseña que Marco Aurelio prohibió la transacción sobre deudas de este género, a menos que fuesen aprobadas por el Pretor; así, no debiéndoselas por lo común sino por los pródigos, hubo siempre el temor de que éstos pudiesen disipar en corto tiempo las rentas que por testamento se les había dejado. Por «rentas» se refiere a los «alimentos futuros», porque las rentas ya vencidas y no pagadas son atrasos destituidos del carácter de la verdadera deuda de alimentos. Son dos las condiciones de la deuda sobre la cual no podría transigirse sin aprobación del juez: a) la instituida por un acto de última voluntad, y b) la debida para el porvenir. Podría pues —según De Gásperi—, transigirse extrajudicialmente sobre alimentos vencidos, y sobre alimentos estipulados por convención.

Salvat[2624] estima que la obligación de prestar alimentos ha sido colocada por la ley argentina en una condición jurídica especial, en cierto modo fuera del comercio, y dentro de tal orden de ideas, esta obligación no puede ser embargada por los acreedores del alimentario, ni ser compensada en obligación alguna; tampoco es permitido renunciar al derecho de percibirlos, ni constituir a tercero derecho alguno sobre la suma que se destine a alimentos, ni hacer cesión de ella. Agrega Salvat que la obligación de los alimentos, dentro de este mismo orden de ideas, no puede ser objeto de transacción; y la razón de esto es que el monto de los alimentos, estando destinado a subvenir necesidades ineludibles de la vida del alimentario, debe considerarse fuera del comercio, y, por consiguiente, no debe admitirse sobre él operación jurídica alguna que directa o indirectamente puede propender a que se desvirtúen los propósitos de la ley.

Sobre este punto, la legislación peruana es clara al señalar, en el artículo 487 del Código Civil, que el derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable. De esta manera, no cabrá un acto de transacción sobre estos derechos, ya que será el juez quien los regule en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo, además, a las circunstancias personales de ambos (vale decir, del solicitante y del obligado), especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor. Empero, si bien es cierto que no cabe transacción sobre este derecho, lo que sí podrá hacer el deudor es solicitar que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

EXCLUSIVO PERITOS

2622 Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

2623 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, tomo III, pp. 227-229.

2624 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, pp. 234 y 235.

2.2. La transacción sobre un proceso judicial ya concluido

Hemos visto que hay derechos que siendo patrimoniales (como en el caso de los alimentos), no son susceptibles de transacción. También es inválida la transacción respecto de bienes y derechos patrimoniales en caso de ignorancia respecto de tal derecho. Éste sería el caso de quien realiza una concesión respecto de un derecho que ignoraba haber adquirido por sentencia. Si, por ejemplo, dos personas se encuentran disputando judicialmente la propiedad de un inmueble y el juez dicta sentencia en favor de una de ellas y ésta, sin saber que el fallo ha sido emitido, renuncia a favor de la otra parte (que ha sido vencida en el juicio), esta transacción sería indudablemente nula en todos los casos[2625], salvo que dicha sentencia no constituyera última instancia, y pudiese ser revisada en apelación. De ser éste el caso, la doctrina se inclina a otorgarle plena validez a la transacción.

Al respecto, la Casación n.° 464-2005-Lima, de fecha 24 de enero de 2006, ha señalado que la transacción sobre una sentencia firme es un imposible jurídico, «*Sexto.* La sala revisora, al absolver el grado, confirma la decisión del a quo, señalando que el aludido acuerdo, cuya nulidad se demanda, está surtiendo efectos en el expediente [...], dentro del cual, el actor ha solicitado, infructuosamente, su nulidad, haciéndole saber que su pedido es vía acción; por otro lado, la decisión de la sala de mérito solo alcanza al acuerdo de transacción judicial, entendido como acto jurídico en sí mismo, no pudiendo entenderse que los efectos directos de la sentencia se extenderán respecto de actos procesales que hayan tenido lugar como consecuencia de su celebración, en todo caso, quedará a salvo el derecho del actor; citando el artículo 1302 del Código Civil, refiere que la transacción solo puede darse antes de finalizado el proceso, esto es, antes que se expida sentencia firme, en concordancia con el artículo 334 y 339 del Código Procesal Civil; en este caso, se pretende la nulidad de un acuerdo transaccional, cuyo propósito fue dar por concluido un proceso que ya poseía sentencia, con autoridad de cosa juzgada; este hecho es imposible, jurídicamente, por lo que se configura la causal prevista en el inciso tercero del artículo 219 del Código Civil; además, refiere que el a quo ha aplicado correctamente el inciso primero del artículo 219 del Código acotado, puesto que la asociación no ha manifestado su voluntad».[2626]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2625 Hay dos posibilidades: una, que ambas partes ignoraban la sentencia antes de la transacción, en cuyo caso al transigir se encontraban en el estado de duda o incertidumbre que los motivó a realizar la transacción. La otra posibilidad es que la parte perdedora del juicio hubiese conocido la sentencia, por lo que habría actuado de mala fe, lo cual —todavía con mayor razón— da peso al fundamento que anula la transacción. No consideramos la posibilidad de que el victorioso en juicio hubiese conocido su resultado antes de transigir, por resultar esto un absurdo.

2626 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 964. [Texto correspondiente a la tercera edición]

TRANSACCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO

Artículo 1306.- Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1306

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 22, Título I, Partida Séptima: «*Aquel que es acusado, puede fazer auenencia con su contendor, sobre pleyto de la acusacion*».

El artículo 1306 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 legisló sobre el particular en su artículo 1389: «Se puede transigir sobre el interés civil que resulta de un delito; pero la transacción no impide los procedimientos del juez dirigidos a su castigo»; en tanto el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 1720: «Se prohíbe transigir: 1º. Sobre lo que se deja en testamento, mientras vive el testador, y hasta que no se haga la apertura, si es testamento cerrado; 2º. Sobre delitos futuros; 3º. Sobre la pena impuesta en causa criminal; 4º. Sobre causas matrimoniales; bien que se puede transigir sobre esponsales».

El Proyecto de Código Civil de 1890, trataba el tema en su artículo 3022: «Se puede transigir sobre el interés y la responsabilidad civil que resultan de un delito; pero la transacción no embaraza los procedimientos del Ministerio público, ni del Juez para aplicar la pena»; mientras el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 293: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito; pero la transacción no embaraza los procedimientos para la aplicación de la pena»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 281: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito; pero la transacción no embaraza los procedimientos para la aplicación de la pena»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1299: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1310: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

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 174:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

«Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 161: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 regía el tema en el artículo 1324: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1273: «Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito».

2. Análisis

Sabemos que no se puede transigir sobre derechos que se encuentren fuera del comercio de los hombres[2627], incorporándose dentro de este rubro a las acciones penales, por interesar al orden público y escapar, por lo tanto, al ámbito de los particulares[2628]. Sin embargo, caso distinto es la responsabilidad civil que proviene del delito, ya que se trata de intereses puramente económicos, es decir, susceptibles de disposición y, en consecuencia, transigibles.

En la mayoría de delitos, ocurrirá que de ellos se derive cierta responsabilidad civil, ya sea titular de ésta el Estado o algún particular. El artículo bajo comentario señala claramente que sobre esta materia sí cabe transigir. El Estado no considera de interés público la responsabilidad civil derivada de actos delictuales. En este aspecto, los particulares tienen la más amplia libertad para concertar una transacción.

Con base en lo señalado, podemos resumir que las sanciones penales reconocen un fundamento supraindividual (lo que puede denominarse el «bien común»), mientras que las sanciones civiles pertenecen, como principio, a la órbita de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, hay categorías de delitos sobre los cuales es difícil determinar si su esfera pertenece íntegramente al Derecho Público, como el caso de aquellos cuya sanción se persigue por vía privada, por acción del propio ofendido. Estos delitos de acusación meramente privada son, por ejemplo, la injuria, la difamación,

2627 Remitimos al lector a los comentarios sobre el tema, efectuados al analizar el artículo anterior (1305).

2628 Si bien los delitos y las faltas interesan, y en ocasiones muy vivamente, a las partes comprometidas en dichos actos (en los que hayan podido intervenir como sujetos activos o pasivos), la reparación civil es la parte privada de esta relación. El campo penal es materia de Derecho Público, puesto que interesa a toda la sociedad, representada y tutelada por el Estado, el mismo que se encarga de castigar al sujeto que agrede la seguridad de la sociedad con su conducta. Es el Estado, mediante el Derecho Penal, el que protege a los ciudadanos recluyendo al criminal. Es el Estado el encargado de readaptar al delincuente para que pueda insertarse de manera productiva (o al menos inofensiva) en la sociedad.

la calumnia, la competencia desleal, la violación de secretos y ciertos delitos contra la moral. En estos casos se vuelven algo difusas las razones por las cuales no se puede transigir en lo referente a la acción penal (la que es, en principio, pública, pero aquí es más bien privada), ya que su persecución sólo incumbe a la persona damnificada. Nada debería impedir, por consiguiente, que el perjudicado, que tiene la potestad de renunciar a su acción, pudiera transigir respecto de ella (quien puede lo más, puede lo menos).

Resulta evidente, por lo demás, que, si cabe transigir acerca de la responsabilidad civil proveniente de delito o falta, con mayor razón será posible transigir sobre la responsabilidad civil proveniente de cualquier acto ilícito que no llegue a revestir tal carácter en el ámbito del Derecho Penal.

Antes de concluir nuestras apreciaciones sobre este tema, queremos referirnos al artículo 2 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957, publicado el 29 de julio de 2004)[2629].

2629 Artículo 2.- *Principio de oportunidad*
1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:
a. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.
b. Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
c. Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.
2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.
3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.
4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnable.
5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la

LUIS MIGUEL CASTILLO FREYRE

Como se aprecia, la relación que aparentemente pudiera tener esta norma con el tema de la transacción, se presenta en los supuestos de los diversos apartados de este artículo 2.

Esta norma, que contiene el denominado «principio de oportunidad» en el proceso penal, se aplica —a efectos del desistimiento de la acción penal por parte del agraviado— mediante acuerdo entre dicho agraviado y el causante del daño, destinado a su reparación.

Sin embargo, el desistimiento por el agraviado (por más que haya llegado a un acuerdo con el imputado), no constituye transacción, pues no cabe transigir en asuntos penales.

Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procede un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 149 primer párrafo, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el número 3) del presente artículo.

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:

a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;
b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;
c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,
d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal.

Reiteramos estas expresiones, vertidas anteriormente, para evitar una interpretación equivocada del citado artículo 2 del Código Procesal Penal, pues esta norma responde a las nuevas tendencias del Derecho Penal, proclives a favorecer la despenalización de ciertas figuras delictivas que no se consideren graves para la sociedad. Este principio estima que al Estado le sería muy oneroso en determinados casos continuar con el trámite de un proceso penal respecto a una persona que no resulta peligrosa y, además, que al haber convenido con el agraviado la reparación del daño, ya ha reconocido explícitamente el acto delictivo, elemento, este último, que para el Derecho Penal pone en evidencia que dicho sujeto se encuentra en proceso de readaptación. Es así que siendo la finalidad primordial del Derecho Penal moderno buscar la readaptación *del sujeto culpable de un delito, ella se estaría logrando sin necesidad de condena e internamiento de ese sujeto activo del delito*[2630].

Finalmente, sobre este punto, la jurisprudencia nacional[2631] ha resuelto que: «Si bien es cierto el artículo 1306 del Código Civil permite transigir la reparación civil proveniente del delito, también lo es que esta transacción debe llevarse a cabo personalmente con la víctima, con sus herederos legales en caso de fallecimiento o con la persona que se haya constituido en parte civil».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2630 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2631 Expediente n.º 2355-95-B-Lambayeque.

Transacción efectuada por representantes legales de ausentes o incapaces

Artículo 1307.- Los representantes de ausentes o incapaces pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.

1. Fuentes nacionales del artículo 1307

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 1387: «Para transigir, es necesario tener la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. El tutor y el curador no pueden transigir por el menor o por el inhabilitado para la administración de sus bienes, sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 239. No puede transigir el curador con el menor que haya llegado a la mayor edad, sobre la cuenta de la tutela, a menos que sea conforme al artículo 258»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en sus artículos 1716: «Los guardadores de menores ó de personas sujetas á interdicción, ó de otros incapaces, podrán transigir sobre los bienes de las personas que tienen á su cuidado, salvo el beneficio de restitución que á éstas les corresponda; pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oirá al consejo de familia, y pedirá el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal.— En los lugares donde no haya tres letrados que puedan informar, el juez nombrará personas de inteligencia y de conocida probidad que suplan la falta»; y 1717: «La transacción sobre los bienes de ausentes se sujetará á las reglas prescritas en el artículo anterior; exceptuándose la audiencia del consejo de familia, en los casos en que no lo haya».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 legislaba sobre la materia en sus artículos 3023: «No pueden transigir sobre los bienes de que están encargados: 1º. Los administradores de aduana, cajeros y apoderados fiscales, los colectores y demás empleados subalternos que administran bienes, o recaudan rentas del Fisco; 2º. Los guardadores con sus pupilos que no han cumplido veinte y un años, ni con los que han llegado a esta edad, o pasado de ella, mientras no estén aprobadas las cuentas y canceladas las fianzas del guardador; 3º. Los depositarios sobre las cosas depositadas; pero sí pueden transigir sobre sus derechos como tales depositarios, y sobre los gastos que haya causado la conservación del depósito»; 3027: «Los guardadores de incapaces, o de personas sujetas a interdicción pueden

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

transigir sobre los bienes de los pupilos o de esas personas, salvo el beneficio de restitución que pueda corresponderles; pero la transacción no es válida, mientras no la aprueba el Juez de primera instancia respectivo, quien, antes debe pedir dictamen a tres letrados y oír al Ministerio fiscal, observando los trámites prescritos en el Código de procedimientos.— Si en el lugar no hay tres letrados que puedan dictaminar, el Juez debe nombrar tres personas de inteligencia y probidad conocidas, que suplan por los letrados»; y 3028: «Cuando sea necesario o conveniente transigir sobre bienes de un ausente que no tiene apoderado con facultad de celebrar transacciones, se observan las reglas prescritas en el artículo anterior».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 prescribía lo siguiente en sus artículos 297: «Los guardadores de menores o de personas sujetas a interdicción o de otros incapaces, podrán transigir sobre los bienes de las personas que tienen a su cuidado, pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oirá al consejo de familia, y pedirá el dictamen de tres letrados y del Ministerio Fiscal.— En los lugares donde no hay tres letrados que puedan informar, el juez nombrará personas de inteligencia y de conocida probidad que suplan la falta»; y 298: «La transacción sobre los bienes de ausentes, se sujetará a las reglas prescritas en el artículo anterior; exceptuándose la audiencia del consejo de familia, en los casos en que no lo haya»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en su artículo 285: «Los guardadores de menores o de personas sujetas a interdicción, podrán transigir sobre los bienes de las personas que tienen a su cuidado; pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oirá al consejo de familia, y pedirá el dictamen de tres letrados y del Ministerio Fiscal.— En los lugares donde no haya tres letrados que puedan informar el juez nombrará personas de inteligencia y de conocida probidad que suplan la falta».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regía el tema en el artículo 1301: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oirá al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de tres letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrados, el juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad»; en tanto el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1312: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oirá al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrado, el juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad».

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 176: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oirá al consejo de familia cuando lo haya, y pedirá el dictamen de dos letrados y del ministerio fiscal. A falta de letrado, el

LIBRO MEMORIA CESAL

juez nombrará personas de inteligencia y conocida probidad»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 163: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente».

Por último, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en su artículo 1326, señalaba lo siguiente: «Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente»; y el artículo 1274 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, establecía que: «Los representantes de ausentes o incapaces, pueden transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oirá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente».

2. Análisis

El artículo 1307 del Código Civil peruano regula la transacción celebrada por los representantes de ausentes e incapaces, tratándose de casos bastante especiales, ya que éstos requieren la máxima protección por parte del ordenamiento jurídico, particularmente si se trata de realizar concesiones recíprocas, que no son otra cosa que disposiciones de bienes y derechos.

Entonces, puesto que la transacción supone dichas concesiones, las cuales pueden consistir en verdaderas renuncias o disminución de derechos, resulta indispensable cautelar el interés de los ausentes e incapaces mediante la exigencia imperativa de que sus representantes legales obtengan la aprobación del juez, quien por su parte debe oír previamente al Ministerio Público y al consejo de familia (si lo hubiere).

Siendo ésta la regla general para el caso de todos los incapaces y ausentes, es menester armonizarla con los preceptos específicos que a cada uno de ellos destina el Código Civil.

Así, en el caso de los ausentes[2632], son de aplicación los artículos 52 y 56 del Código Civil, que establecen que quienes hubiesen obtenido la posesión temporal de los bienes de los ausentes no pueden gravarlos ni menos aún enajenarlos, salvo casos de necesidad, en la medida de lo indispensable y previa autorización judicial.

En cuanto a los incapaces, se entiende que dentro del término «incapaces» el artículo 1307 comprende tanto a los incapaces absolutos como a los relativos, en la nomenclatura original del Código de 1984, ya que no cuentan con

2632 Como sabemos, son ausentes los desaparecidos de quienes no se haya tenido noticia en dos o más años y a los que el juez, a pedido de quien tenga legítimo interés, haya declarado en tal condición (situación jurídica de ausencia).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

capacidad de ejercicio plena y ambos, por disposición del propio Código, deben tener representantes.

No obstante, como sabemos, este régimen varió notoriamente con el Decreto Legislativo n.° 1384, de manera tal que los incapaces absolutos lo siguen siendo (restringidos por el artículo 43 a los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley), pero los antiguos incapaces relativos han pasado, en el artículo 44, a tener la denominación de personas con capacidad de ejercicio restringida. Salvo el caso de los pródigos, de quienes incurren en mala gestión, de los ebrios habituales, de los toxicómanos y de quienes sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, el régimen legal de los demás incapaces no es el de la curatela, sino el de los apoyos y salvaguardas[2633].

Para tales efectos, remitimos al lector a nuestra obra sobre la materia[2634].

La norma general sobre representantes legales prescribe que requieren autorización expresa para disponer de los bienes del representado o gravarlos, celebrar transacciones, celebrar compromiso arbitral y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (artículo 167 del Código Civil).

En esa línea, la Casación n.° 1038-2011-Cajamarca, de fecha 15 de agosto de 2012 señala que, «Los representantes de incapaces y ausentes requieren la tramitación de dos solicitudes: la autorización para transigir y la aprobación de la transacción. *Décimo Segundo.* El artículo 1651 estatuye que los representantes de incapaces o ausentes para celebrar mutuo en representación de las personas cuyos bienes administran deben observar lo dispuesto en el artículo 1307 del Código Civil, es decir, se requiere además la aprobación del Juez de lo que se desprende la tramitación de dos solicitudes: de un lado la de autorización para transigir y del otro la aprobación de la transacción. *Décimo Tercero.* Examinada la resolución impugnada es de verse que según lo establecido por la Sala Superior en la solicitud de autorización judicial planteada por los demandantes no concurren los presupuestos de procedencia exigidos al no acreditar los recurrentes las causas justificadas por necesidad o utilidad para transigir o disponer de los bienes de sus menores hijos al no haber los padres solicitantes de la autorización justificado en ningún momento y de manera lógica y consecuente la necesidad y utilidad que sirve de sustento a su pretensión».[2635]

En el caso de menores sujetos a patria potestad, para transigir se exige a los padres obtener autorización judicial (inciso 3 del artículo 448 del Código Civil). En concordancia con el artículo 447, los padres no tienen la facultad de enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad

2633 Texto correspondiente a la tercera edición.

2634 Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas naturales y jurídicas. Op. cit.*, pp. 105-122.

2635 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 963. [Texto correspondiente a la tercera edición]

o utilidad y previa autorización judicial. Entonces el juez deberá verificar y evaluar la existencia de necesidad o utilidad.

Para los menores sujetos a tutela, el artículo 532, inciso 1, del Código Civil establece que los tutores no podrán obtener la aprobación judicial si no se da audiencia previa del consejo de familia en resguardo de los intereses del menor.

2.1. La transacción celebrada a través de apoderado

Sabemos que para transigir se requiere la capacidad de disponer, habida cuenta de que quien transige renuncia a derechos o enajena o pierde bienes que supuestamente se encontraban en su patrimonio. La transacción es, pues, un acto de disposición.

Es claro, entonces, que cuando se habla de transacción por medio de apoderado, éste requiere contar con poder especial, porque el mandato general sólo comprende los actos de administración ordinaria, que son aquéllos para los que ha sido conferido, además de los que sean necesarios para su cumplimiento (artículo 1792 del Código Civil peruano). El mandato para asuntos específicos como transacciones, o cualquier acto que implique disposición de bienes o derechos, necesita de un poder especial. Al respecto, el artículo 156 del Código Civil establece que para disponer de la propiedad de los bienes del representado o gravarlos, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Se trata de una formalidad *ad solemnitatem*, por la gravedad de sus consecuencias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Transacción sobre nulidad o anulabilidad. Efectos

Artículo 1308.- Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción.

1. Fuentes nacionales del artículo 1308

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 34, Título XIV, Partida Quinta: «*Si el demandador pudiere prouar, que el demandado le fizo engaño, en fazerle perder las cartas, o embargarle los testigos con que pudiera prouar su demanda; e que por esta razon fizo el quitamiento de la debda, o de alguna partida della; ca si lo prouasse, estonce bien podria demandar, e cobrar, aquella parte que ouiesse assi quita*».

El artículo 1308 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 sus artículos 1395: «Una transacción puede anularse cuando hay error en la persona o sobre el objeto del pleito materia de la transacción. Puede también rescindirse en todos los casos en que hay dolo o violencia»; 1396: «Hay igualmente lugar a la rescisión de una transacción, cuando se ha hecho dándose por válido sin consentimiento un documento nulo; salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre su nulidad»; y 1397: «La transacción hecha sobre documentos, que después se hayan reconocido ser falsos, es enteramente nula»; en tanto el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1725: «Es además nula la transacción: 1°. Si hubo error en cuanto á las personas que transigieron, ó sobre las cosas que fueron materia de la transacción; 2°. Si intervino dolo, fuerza ó violencia; 3°. Si se celebró por un documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad; 4°. Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos; 5°. Si fue sobre un pleito en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la que no tenían noticia las partes, ó cuando menos una de ellas».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regía la materia en su artículo 3038: «Es nula la transacción: 1°. Cuando ha faltado en ella alguno de los requisitos del artículo 3014; 2°. Cuando ha recaído sobre cosas acerca de las cuales está prohibido transigir; 3°. Cuando hubo error en cuanto a las personas que transigieron, o sobre los objetos materia de la transacción; 4°. Si medió dolo, fuerza o violencia; 5°. Si se celebró a mérito de un documento nulo, y en el convenio no

EDITORIAL CASTILLO FREYRE

se tuvo en consideración la nulidad; 6°. Si se celebró en virtud de documentos que han resultado falsos; 7°. Cuando ha versado sobre pleito, en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la cual no tenían noticia las partes, o cuando menos una de ellas; y 8°. Cuando ha sido celebrada por persona que no tenía facultad de transigir.— La transacción sobre una cuenta litigiosa no puede ser rescindida por descubrirse errores aritméticos en la cuenta. Las partes pueden pedir rectificación cuando haya habido error en lo dado, o cuando se haya dado la porción determinada de una suma, en la cual hubo error aritmético o de cálculo».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 regulaba el tema en sus artículos 301: «La transacción en que intervenga error, dolo o violencia está sujeta a lo dispuesto sobre la validez de los actos jurídicos»; y 302: «Es además anulable la transacción: 1°. Si se celebró por un documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad.— 2°. Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos.— 3°. Si fue sobre un pleito en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la que no tenían noticia las partes, o cuando menos una de ellas (Olaechea anotó —en el ejemplar de uso personal— que se cambia en este artículo el vocablo nula por anulable por una razón de obviedad)»; mientras el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en su artículo 288: «Es anulable la transacción: 1°.- Si se celebró en virtud de documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad.— 2°.- Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos.— 3°.- Si fue sobre un pleito en que había recaído sentencia ejecutoriada, de la que no tenían noticia las partes, o cuando menos una de ellas»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en su artículo 1303: «Es anulable la transacción si se celebra en virtud de documento nulo o falso y no fue considerada la nulidad o falsedad»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1314: «Es anulable la transacción si se celebró en virtud de documento nulo o falso y no fue considerada la nulidad o falsedad».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no registraba antecedente alguno sobre el particular; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 regía la materia en su artículo 164: «Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad.— Si la obligación dudosa o litigiosa fuera anulable, la transacción tiene validez si las partes, conociendo el vicio, la celebran».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 abordaba el tema en el artículo 1327: «Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de nulidad.— Si la obligación dudosa o litigiosa fuera anulable, la transacción tiene validez si las partes, conociendo el vicio, la celebran»; mientras el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1275: «Si la obligación dudosa o litigiosa fuera nula, la transacción adolecerá de

EDICIONARIO CASTILLO FREYRE

nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción».

2. Análisis

Resulta necesario distinguir la nulidad de la anulabilidad en las transacciones. La nulidad tiene lugar de pleno derecho, independientemente de la voluntad de las partes[2636]. En caso de anulabilidad, la nulidad existe potencialmente (el acto tiene una «validez actual», pero una «invalidez pendiente»); sólo se requiere que el magistrado la compruebe y la declare (artículo 222: «El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquéllas en cuyo beneficio la establece la ley»).

Una vez pronunciada y ratificada la sentencia que declara la nulidad, ya no es posible transigir, porque la transacción se refiere a la acción que pueden intentar las partes respecto de una obligación o un asunto que existe, y la nulidad lo ha eliminado: ya no existe. No se puede transigir sobre lo que ya no existe. Por ello la transacción es también nula. Entonces están excluidas de la transacción las obligaciones que adolezcan de nulidad absoluta y las obligaciones anulables que han sido judicialmente declaradas nulas.

La primera parte del artículo 1308 del Código Civil resulta ser una norma que fluye de la lógica jurídica. En realidad, sin ella también podríamos llegar a similar conclusión que la planteada en su texto. Y es natural, por la sencilla razón de que nada cabe hacer en nuestro Derecho para que algo nulo deje de serlo. Un acto nulo tiene esta calidad y la tendrá siempre. No cabe convalidarlo porque no existe (independientemente de la distinción teórica entre inexistencia y nulidad, ajena a nuestro Derecho positivo). Y de admitirse principio contrario al establecido en la norma bajo comentario, se estaría dejando abierta una vía para que lo nulo, bajo la forma de una transacción posterior, pudiese llegar a tener algún valor para el Derecho y, por lo tanto, surtir efectos, solución que, además de absurda, sería muy peligrosa.

No olvidemos que la transacción se celebra necesariamente (cuando tiene como base actos y no hechos jurídicos —caso de la responsabilidad extrancontractual—) a partir de actos jurídicos previos que hayan dado origen a las obligaciones o materias ahora controversiales. En tal sentido, apoyará todos sus fundamentos en estos actos primigenios. Y, por lo tanto, su eficacia o posibilidad de eficacia estará en relación directa con la de dicho acto. Así, los vicios que afecten al primer

2636 Sobre este punto, Juan Espinoza Espinoza realiza un interesante análisis al señalar que: «El adagio *quod nullum est, nullum producit effectum*, notoriamente reflejaba una idea de nulidad que se identificaba con la inexistencia. Por ello, el acto jurídico afectado de nulidad produce efectos jurídicos precarios y dejará de hacerlo cuando haya una sentencia que lo declare como tal» (Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial.* Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 490).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acto, afectarán también al segundo. Aquí tenemos dos actos que, si bien parecen independientes uno del otro, no lo son en realidad. De allí que, si el acto primitivo fuese nulo, la transacción que versa sobre dicho acto también lo sería, siendo irrelevante el hecho de que las partes hubiesen conocido acerca de esta nulidad.

Distinto es el caso en que el acto primigenio no fuese nulo sino anulable. En este supuesto, el Código brinda una solución distinta: si las partes conocían de la anulabilidad del acto y, a sabiendas, celebran una transacción sobre éste, dicha transacción sí revestirá validez, debido a que la ley supone que a través de la realización de este segundo acto se está produciendo una confirmación tácita del primero. Decimos confirmación tácita, ya que en virtud del artículo 231 del propio Código se establece que el acto queda confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad; y, sin lugar a dudas, la celebración de la transacción, sabiendo que el acto originario era anulable, configurará un supuesto de confirmación del acto jurídico.

En tal sentido, la transacción celebrada en estas circunstancias tendría un doble efecto: por una parte, confirmar un acto jurídico y, por otra, constituir una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

Sobre este punto, Morales Hervias[2637] sostiene que:

> «Si las partes conocieron el vicio del contrato de transacción, el contrato no será anulable. La existencia de un vicio en el consentimiento presupone que la parte afectada no conocía de estos vicios. Por eso, la conocibilidad *(sic)* es exigible en la parte que realiza el vicio y no en la parte perjudicada. En esta forma, la anulabilidad garantiza el control de la correspondencia entre el interés real y el interés regulado, concediendo la posibilidad de verificar el procedimiento de la formación del acto. Si hay compatibilidad entre el interés real y el interés regulado por la conocibilidad *(sic)* del vicio, es lógico suponer que no debe aplicarse la anulabilidad. Justamente, la anulabilidad es una sanción que tutela el interés de una de las partes a diferencia de la nulidad, que es una sanción que protege intereses de la colectividad».

Insistimos en que la solución dada por el Código Civil a los supuestos de transacciones que versen sobre actos nulos o anulables es distinta, en razón de que mientras el acto nulo es un acto sin vida, con invalidez total y perpetua, el acto anulable, como hemos manifestado, es un acto de invalidez actual, pero de una invalidez pendiente, latente, como «en suspenso», la misma que podrá o no tener

2637 Morales Hervias, Rómulo. «Transacción de obligación nula o anulable». En AA. VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, p. 824.

lugar, dependiendo de si la parte que goza del derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

Para finalizar nuestros comentarios, nos remitimos a lo expuesto en la Casación n.° 3435-2009-Arequipa, de fecha 8 de abril de 2010, la cual señala que la impugnación de la transacción homologada se encuentra bajo los alcances de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, «*Quinto*. La controversia radica en que la sucesión de J. C. T. G. pretende se declare la nulidad de la transacción extrajudicial [...] homologada por el Juez, en el marco de un proceso de división y partición de bienes, celebrada entre la apoderada del causante J. C. T. G. con los demandantes M. R., G. A. y C. J. H. M.; en ese sentido, se debe tener en cuenta el marco jurídico señalado precedentemente, con lo cual se colige que la pretensión *sub litis* se encuentra en los supuestos para ser impugnada bajo los alcances de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta; por otro lado debe precisarse que los supuestos previstos en el artículo 1308 y siguientes corresponden a las transacciones que versan sobre responsabilidad civil que provenga de delito, lo cual es ajeno a lo que se discute en el presente proceso».[2638]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2638 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 961. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Supuestos en los cuales la cuestión sobre la que se transige es, precisamente, la nulidad o anulabilidad del acto

Artículo 1309.- Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida.

1. Fuentes nacionales del artículo 1309

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 1396: «Hay igualmente lugar a la rescisión de una transacción, cuando se ha hecho dándose por válido sin conocimiento un documento nulo; salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre su nulidad»; en tanto que el Código Civil de 1852, así como el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; el Código Civil de 1936; y la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973, se abstienen de regularlo.

Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, regía la materia en el artículo 165: «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en su artículo 1328: «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, la trataba en su artículo 1276: «Si la cuestión dudosa o litigiosa versara sobre la nulidad o anulabilidad de la obligación, y las partes así lo manifestaran expresamente, la transacción será válida».

2. Análisis

Al tratar acerca del artículo 1308 hemos precisado las consecuencias que tendría una transacción celebrada sobre actos nulos o anulables. No debemos confundir

la transacción celebrada sobre actos nulos o anulables con la transacción sobre la nulidad o anulabilidad de dichos actos, que es el supuesto del artículo 1309 del Código Civil peruano.

En efecto, el artículo 1309 legisla los casos en que la materia central de la transacción sea zanjar las diferencias existentes entre las partes sobre si el acto originario era nulo, o sobre si el acto originario era anulable. De no adoptarse este criterio, sería imposible transigir respecto a actos jurídicos cuya nulidad o validez se discute.

Creemos que se podría esbozar una interpretación en el sentido de que, en el caso de los actos nulos de pleno derecho, la transacción sobre dicha nulidad no sería válida, a pesar de lo expresado por nuestra norma positiva. La nulidad absoluta quiere decir que el acto jamás se celebró, por lo que no cabría transigir sobre algo que no existe. En cualquier caso, las partes podrían intentar celebrar otro acto nuevo que no adolezca de nulidad[2639].

Para entender mejor este criterio, recordemos los supuestos de nulidad absoluta: cuando falta la manifestación de voluntad del agente (en cuyo caso, jamás hubo acto jurídico y lo que se llamaría «transacción» vendría a ser en realidad el primer acto jurídico y no el segundo); cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz (excepto en el caso de los incapaces no privados de discernimiento que celebren contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria) —*norma derogada por el Decreto Legislativo n.º 1384*[2640]—; cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o indeterminable; cuando su fin sea ilícito (¿cómo podría transigirse respecto de la nulidad de este acto?); cuando adolezca de simulación absoluta (¿se puede hablar de convalidar este acto?); cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (de esta manera se esquivarían las formalidades constitutivas o *ad solemnitatem*, perdiendo éstas su sentido); cuando la ley lo declara nulo (¿se podía acaso ir contra la ley por convenio privado entre particulares?); y cuando el acto jurídico sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (transigir sobre la nulidad de este tipo de acto sería atentatorio contra el sistema mismo).

Sin embargo, nosotros nos adherimos al contenido del precepto legal, no entendiéndolo como una vía lo suficientemente amplia como para salvar nulidades evidentes, ni menos aún aquéllas de orden público. Creemos que existen numerosos casos en los cuales legítimamente, vale decir, en puro Derecho, las partes pueden tener ante sí un problema derivado de la duda razonable que pudiese generar, por ejemplo, una discusión sobre si la formalidad establecida por ley para celebrar el acto que han pactado era *ad solemnitatem* o *ad probationem* (ello, por no ser claro

2639 En este mismo sentido se expresa Rómulo Morales (Morales Hervias, Rómulo. *Op. cit.*, pp. 826 y 827).

2640 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

el texto legal). En un caso como éste, discutible en el plano jurídico, no vemos por qué razón las partes no podrían solucionar sus diferencias recurriendo a una transacción, la que estaría referida a llegar a un acuerdo interpretativo sobre su nulidad o validez o, asumiendo la nulidad, tal acuerdo sea el resultado de la creación de alguna o algunas obligaciones que pudieran no tener relación con el acto preexistente que fue materia discutible.

Además, a través de esta vía se deja abierta la posibilidad de que las partes pongan término a asuntos conflictivos de manera eficiente y rápida, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia o, de ser el caso, esperar que éstos zanjen la cuestión. Es evidente, por otra parte, que, al tratarse de un punto tan controvertido, la sentencia judicial podría resolver en un sentido u otro (por considerar la validez o la nulidad del acto), situación que sería reemplazada por el actuar de las propias partes, quienes (recurriendo a la vieja frase relativa a la transacción) se estarían dictando su propia sentencia.

Consideramos, finalmente, que la transacción sería indiscutiblemente válida cuando hubiese versado sobre la anulabilidad del acto o título. Sobre este tema parecen innecesarios comentarios adicionales, pues lo anulable es susceptible de confirmarse.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indivisibilidad de la transacción. Efectos

Artículo 1310.- La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.

En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes pero no las prestadas por terceros.

1. Fuentes nacionales del artículo 1310

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 trataba sobre el particular en su artículo 307: «Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en su artículo 293: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus cláusulas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1305: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1316: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción».

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 180: «La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 166: «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario.— En tales casos, sin embargo, no se restablecerán las garantías prestadas por terceros. Tratándose de las garantías otorgadas por las partes, ellas renacerán sin perjuicio del derecho de terceros».

ASESORÍA LEGAL CASTRO FRERI

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 trataba esta materia en su artículo 1329: «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto todo el acto de la transacción, salvo pacto en contrario.— En tales casos, sin embargo, no se restablecerán las garantías prestadas por terceros. Tratándose de las garantías otorgadas por las partes, ellas renacerán sin perjuicio del derecho de terceros»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1277: «La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.— En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes pero no las prestadas por terceros».

2. Análisis

2.1. Generalidades

Constituye regla general en el Derecho peruano, respecto al tema de la divisibilidad o indivisibilidad de las nulidades en un acto jurídico, lo prescrito por el artículo 224 del Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> Artículo 224.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.
>
> La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.
>
> La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Como puede observarse de la lectura del primer párrafo del artículo transcrito, ese precepto está enmarcado dentro del espíritu general del Código Civil de 1984, en el sentido de optar, en esa hipótesis, por la conservación de los actos jurídicos o contratos celebrados, en lugar de sancionarlos con la nulidad o pérdida de eficacia[2641].

2641 Sin embargo, el criterio adoptado por el Código Civil peruano no es compartido por todo el Derecho de nuestra tradición jurídica. Así, puede apreciarse el parecer de Héctor Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 353), quien manifiesta, respecto al tema en el Derecho argentino, lo siguiente:
«La indivisibilidad de la transacción no constituye un carácter específico de la misma: ella es propia de todos los actos jurídicos. El principio de que no se puede dividir un acto jurídico eliminando de él determinadas cláusulas y dejando subsistentes otras, se aplica con toda amplitud, porque constituyen manifestaciones de voluntad sobre una serie de puntos determinados, y aquéllas quedarían mutiladas si se admitiera la anulación de algunas de esas cláusulas y la subsistencia de las otras; el consentimiento se ha prestado en atención a todas.
El principio de la indivisibilidad, de rigor en todos los actos jurídicos, parece más estricto, si cabe, en aquéllos que son extintivos o creadores de derechos».

El artículo 1310 del Código Civil peruano, relativo a la transacción, constituye la excepción a la regla del artículo 224. Y hay motivos para ello. La transacción es un acto que tiene por objeto poner fin a un asunto controversial. Por eso, justamente, la transacción debe ser un acto que revista todas las seguridades de que en el futuro no se suscitarán problemas por el propio acto o por el acto originario.

Según enseña De Gásperi[2642], a diferencia de los fallos, la transacción, como obra de la común intención de las partes, las cuales al avenirse a una renuncia recíproca de derechos se entiende que quisieron el todo y no partes aisladas del acto, es indivisible, de donde viene que no pueda anulársela por partes y convalidársela por el resto.

Moisset de Espanés[2643] es claro en este punto al señalar que, aunque la transacción contenga disposiciones separables e independientes, basta que una sola de ellas sea nula, para que la transacción quede invalidada en su totalidad.

Estima Rezzónico[2644] que la transacción es un acto indivisible (aunque Colmo y Lafaille observan que este carácter no es privativo o específico de la transacción, ya que cualquier contrato y convención se halla en igual caso), pues el artículo 834 del Código Civil argentino dispone: «Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción». Para Rezzónico esto se deriva de que en la transacción el sacrificio o la concesión hecha por una de las partes representa como el precio o la condición del sacrificio de la otra.

En opinión nuestra, y salvo pacto en contrario —fruto, en este caso, de la autonomía de la voluntad—, resulta imprescindible que la transacción revista validez total. La transacción es un acto en el cual las partes se hacen concesiones recíprocas. Por ello, de aceptarse el principio general del artículo 224 del Código Civil, podría presentarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anulase y que, justamente a través de esa cláusula, una de las partes hiciera concesiones a la otra. Si se aceptara la validez del resto del acto, no estaríamos resolviendo un problema, sino creando otro, ya que de la transacción no se deduciría la terminación de una controversia, sino la continuación de ésta, o la perpetuación de una situación injusta, bajo el manto de la «cosa juzgada». Como ello resultaría perjudicial para una de las partes, o para ambas inclusive, la ley prefiere optar por la solución contemplada por el artículo 1310, primer párrafo, del Código Civil, que establece la denominada indivisibilidad de la transacción.

2642 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, tomo III, p. 235.

2643 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 341.

2644 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.*, vol. II, pp. 1027 y 1028.

2.2. Carácter relativo del precepto

Sin embargo, según lo dicho anteriormente, por tratarse de un asunto de interés privado y no de orden público, la ley admite pacto en contrario. Este pacto puede ser previsto en el mismo acto de la transacción o posteriormente.

Sobre este punto, Salvat[2645] se pregunta si el principio de la indivisibilidad de las transacciones es de carácter absoluto o admite, por el contrario, algunas limitaciones. En su opinión, estando fundado este principio en una presunción de voluntad de las partes, la transacción debe considerarse divisible y, por consiguiente, admitirse la validez parcial de ella.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[2646], se ha entendido que el carácter indivisible en la transacción no es absoluto, por cuanto la norma que lo consagra sería meramente interpretativa o supletoria de la voluntad de las partes; de forma tal que, siempre que exista y resulte debidamente acreditada una voluntad en sentido contrario, debe considerarse divisible a la transacción y por lo tanto admitirse su validez parcial. Se tratará, en suma, de una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial a tenor de las circunstancias particulares de cada caso. Recuerdan que, en tal sentido, algunos códigos extranjeros, como los de Uruguay (artículo 2658) y México (artículo 2962), sólo atribuyen a la transacción carácter indivisible mientras las partes no hayan convenido lo contrario.

2.3. Garantías

En lo que respecta al segundo párrafo del artículo 1310 del Código Civil peruano, éste prevé que de presentarse el supuesto analizado se restablecen las garantías otorgadas por las partes, pero no las prestadas por terceros.

Si la transacción se anulase, el acto dudoso o litigioso permanecería inalterado y la situación de controversia continuaría presente.

Es respecto del acto controvertido —cuya transacción es nula o anulable— que se restablecen las garantías otorgadas por las partes. Sin embargo, la ley no otorga tratamiento similar a las garantías de terceros, las que no se restablecen, ya que lo contrario equivaldría a someter a esas personas a una permanente inestabilidad jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2645 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo II, p. 289.

2646 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 235.

Solución de controversias a través de la suerte. Aplicación a este supuesto de las normas de transacción

Artículo 1311.- Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título.

1. Fuentes nacionales del artículo 1311

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; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El tema fue abordado por primera vez en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por José León Barandiarán y Max Arias-Schreiber Pezet, sobre el contrato de Juego y Apuesta, de 1980, en el artículo 10: «Cuando las personas se sirvieran del medio de la suerte para dividir cosas comunes o dirimir cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de la partición, y en el segundo, los de la transacción»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 2006: «Cuando las personas se sirvieran del medio de la suerte para dividir cosas comunes o dirimir cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de la partición, y en el segundo, los de la transacción»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1278: «Cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones, ello produce los efectos de la transacción y le son aplicables las reglas de este título».

2. Análisis

El artículo 1311 del Código Civil peruano de 1984 se refiere a la transacción realizada por medio de la suerte, es decir, del azar. El legislador, con el propósito de estimular la transacción de asuntos dudosos o litigiosos, ha previsto que cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones ello produce los efectos de una transacción.

ESCUELA DE DERECHO PUCP

Si las partes se someten a la ventura para dirimir sus diferencias, en realidad pueden estar celebrando el denominado «contrato de decisión» por medio de la suerte, acto que, en algunos casos, puede ser adecuadamente una transacción.

Consideramos que el supuesto previsto por el artículo 1311 del Código Civil constituye propiamente una transacción, ya que se presentan, aunque a primera vista no lo parezca (por la posible confusión con el contrato de decisión), todos los supuestos establecidos por el artículo 1302 del Código Civil.

Si cabe algún cuestionamiento relativo a la existencia de concesiones recíprocas, tales concesiones se dan desde el momento en que las partes admiten solucionar su controversia recurriendo al acaso, vale decir, que admiten —al dejar la solución del problema librado a la suerte— que prevalezca salir beneficiadas o perjudicadas por efectos del azar, que constituye una verdadera transacción.

Podemos imaginar muchas maneras a través de las cuales se recurra a solucionar un problema utilizando esta vía. Una de ellas, por citar un ejemplo, sería la de que por medio de la suerte se haga prevalecer finalmente la opinión o parecer de una parte o de la otra, pero por completo. Sería algo así como: «Si tú ganas te pago todo lo que tú dices que te debo, pero si pierdes no pago nada, pues sostengo no deber».

Una vez que se determinen los derechos de las partes, las cuestiones sometidas a la suerte producen los efectos de una transacción y su cumplimiento se ejecuta conforme a lo dispuesto en el artículo 1312 del Código Civil: en la vía ejecutiva, si se trata de derechos dudosos, todavía no litigiosos, y como si fuera una sentencia, para el caso en que haya sido llevada a cabo dentro de un proceso.

Podría ser frecuente, por otro lado, que las partes decidan dejar al azar alguna combinación de concesiones recíprocas sobre cuya elección no se han puesto aún de acuerdo. Por ejemplo, Cristina propone a Eduardo varias alternativas (ofrecimientos), y éste, por su parte, tiene una propuesta para cada una de tales alternativas. Finalmente, existen varias «combinaciones», cada una de las cuales incluye concesiones recíprocas y, por lo tanto, una potencial transacción. Ante la indecisión, podrían optar porque sea la suerte la que determine cuál constituirá la transacción que ponga fin a su controversia.

Sin embargo, la transacción dejada a la suerte puede revestir características un tanto más complejas.

Uno de los coautores de este trabajo tuvo ocasión de participar hace cinco décadas (*ahora seis décadas*)[2647] en la solución de una controversia suscitada entre seis herederos (todos ellos hijos, en igualdad de porcentajes) de un ciudadano que a su fallecimiento había dejado una cuantiosa fortuna.

2647 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

Era el caso que prácticamente todos los herederos deseaban, como cuota parte, los mismos bienes, lo que determinaba la imposibilidad de efectuar una división y partición armoniosa. Para solucionar una situación que se tornaba conflictiva, y que a todas luces ya resultaba dudosa, se les sugirió efectuar una división y partición derivada de la suerte.

Así, luego de una escrupulosa tasación de los bienes materia de la herencia, el albacea y asesor legal de los herederos procedió a agrupar en seis lotes, cada uno de valor similar, los bienes de la sucesión. Luego, en acto que contó con la asistencia de los seis herederos y de notario público, se asignó un número a cada conjunto de bienes y, por sorteo, esto es, por azar, se adjudicó un lote a cada heredero.

En este caso, si bien ninguno logró máximas aspiraciones ideales respecto de los bienes que constituían la masa hereditaria, todos quedaron satisfechos con el resultado del sorteo, que puso fin a sus controversias y les ahorró considerable tiempo, molestias y dinero.

El caso expuesto demuestra cuán útil puede resultar recurrir al mecanismo de la transacción por medio de la suerte y cuántos problemas se podrían solucionar si ese sistema se utilizara con mayor frecuencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Maneras de ejecutar la transacción judicial y extrajudicial

Artículo 1312.- La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva.

1. Fuentes nacionales del artículo 1312

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; 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; ni en el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981.

Su único antecedente nacional es el artículo 1279 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984: «La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial en la vía ejecutiva».

2. Análisis

El precepto contenido en el artículo 1312 del Código Civil peruano se encarga de establecer las vías mediante las cuales las personas que hayan transigido pueden ejecutar dicha transacción (o solicitar su cumplimiento). Como se observa, la norma distingue dos procedimientos distintos, en función de si la transacción ha sido celebrada dentro de un proceso judicial o fuera de él.

Aquí precisa recordarse que respecto a dicha regla la Comisión Revisora del Código Civil peruano[2648] expresa que la norma responde en sus dos partes a una bien entendida economía procesal, que aconseja adoptar soluciones rápidas, simples y de menor costo económico y social.

2648 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 13-15.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. Ejecución de la transacción judicial

Recuerda la Comisión que, durante los debates para la aprobación del Código Civil, Jack Bigio Chrem expresó la conveniencia de incorporar un precepto que recogiera el criterio prevaleciente de la jurisprudencia nacional, a fin de que la transacción celebrada cuando existe un proceso entre las partes sea ejecutada de la misma manera que la sentencia. Expresó que, de esa manera, se estimularía a las partes a transigir y se robustecerían los derechos de los que han intervenido en la transacción al otorgarles un medio expeditivo para obtener su cumplimiento.

Agregó, asimismo, que el Código Civil requería de la norma a fin de que los litigantes y los jueces tuvieran una regla precisa destinada a evitar un conflicto acerca del modo en que debía ejecutarse la transacción que había puesto fin al proceso.

La citada Comisión también recuerda lo siguiente:

> El Dr. Felipe Osterling Parodi, distinguido jurista invitado, expresó que le parecía inconveniente que el Código Civil incluyera una regla como la propuesta, por tratarse de una norma de carácter procesal.
>
> El Dr. Jack Bigio Chrem manifestó que, si bien el precepto que proponía tenía alcances procesales, era recomendable que se agregue al Código Civil para dar certeza a los litigantes, en el caso de la transacción celebrada en juicio; expresó, además, que existían diversas ejecutorias de la Corte Suprema de la República que tenían sentado ese criterio mayoritario, pero no uniforme y que había que evitar que la ejecución de la transacción se convierta en otra fuente de litigios. Finalmente indicó que la doctrina extranjera era favorable a un precepto como el sugerido.

Por otra parte, precisa anotarse que el Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993, regula el tema de la transacción judicial como Capítulo III del Título XI, relativo a las Formas Especiales de Conclusión del Proceso, comprendido dentro de la Sección Tercera, referente a la Actividad Procesal, artículos 334 a 339[2649].

2649 El contenido de los citados artículos es el siguiente:
Artículo 334.- *Oportunidad de la transacción*
En cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aun cuando la causa esté al voto o en discordia.
Artículo 335.- *Requisitos de la transacción*
La transacción judicial debe ser realizada únicamente por las partes o quienes en su nombre tengan facultad expresa para hacerlo. Se presenta por escrito, precisando su contenido y legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo.
Si habiendo proceso abierto las partes transigen fuera de éste, presentarán el documento que contiene la transacción legalizando sus firmas ante el Secretario respectivo en el escrito en que la acompañan, requisito que no será necesario cuando la transacción conste en escritura pública o documento con firma legalizada.
Artículo 336.- *Transacción del Estado y otras personas de Derecho Público*
Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, sólo pueden transigir previa aprobación expresa de la autoridad o funcionario competente.

Cabe señalar que el profuso tratamiento que ha recibido la transacción judicial en el Código Procesal Civil, no siempre guarda relación con las normas de carácter sustantivo previstas por los artículos 1302 a 1312 del Código Civil.

En tal sentido, vamos a efectuar un somero repaso de las normas sobre transacción judicial que consigna el Código Procesal Civil en vigencia (artículos 334 a 339) y que antes hemos transcrito.

Resulta importante, a efectos de nuestro análisis, lo prescrito por el artículo 337 del Código Procesal Civil, norma que señala que el juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Agrega la norma que queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

Esta disposición concuerda con lo previsto en el artículo 1302 del Código Civil, al exigir concesiones recíprocas, y es coincidente con el artículo 1305 del referido Código, al prever que sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.

Además, no obstante que la ley sustantiva no lo contempla, el artículo 337 del Código Procesal Civil establece la conclusión del proceso si la transacción alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas; lo que equivale a decir que la transacción sólo pone fin al proceso cuando tiene carácter total, no así la transacción parcial, pues ella —como vimos oportunamente— soluciona tan sólo un aspecto del problema materia del litigio. Se puede decir, entonces, que el Código Procesal Civil reconoce la transacción parcial, tema no regulado por el Código Civil.

Esta exigencia es aplicable también a la conciliación, al desistimiento de la pretensión y al del proceso.

Artículo 337.- *Homologación de la transacción*

El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

Artículo 338.- *Normatividad supletoria*

En todo lo no previsto en este Capítulo, se aplican las normas pertinentes del Código Civil.

Artículo 339.- *Acto jurídico posterior a la sentencia*

Aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de ésta.

De otro lado, el artículo 337 del Código Procesal Civil coincide con el último párrafo del artículo 1302 del Código Civil, en el sentido de que la transacción que pone fin al proceso tiene autoridad de cosa juzgada.

Resulta discutible la segunda parte del segundo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil, cuando señala que el incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución. Y decimos que es discutible, pues más allá de constituir un medio extintivo de obligaciones, la transacción es un contrato que puede servir para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas que no son necesariamente aquéllas materia de debate. En tal sentido, si estuviésemos ante un supuesto de incumplimiento contractual, pensamos que deberían resultar aplicables los preceptos generales de resolución por incumplimiento, plasmados en los artículos 1428, 1429 y 1430 del Código Civil. Sin embargo, la ley procesal peruana restringe el ámbito de la transacción, ya que con ella no se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso; en contravención a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1302 del Código sustantivo.

El citado artículo 337 del Código Procesal Civil establece, en fin, que, si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella, caso, este último, en el que se tendrá en cuenta lo previsto sobre intervención de terceros.

El Código Procesal Civil agrega (artículo 338) que, en todo lo no previsto en el capítulo relativo a la transacción judicial, se aplican las normas pertinentes del Código Civil.

Finalmente, recordamos que el artículo 339 del Código Procesal Civil dispone que, aunque hubiera sentencia consentida o ejecutoriada, las partes pueden acordar condonar la obligación que ésta contiene, novarla, prorrogar el plazo para su cumplimiento, convenir una dación en pago y, en general, celebrar cualquier acto jurídico destinado a regular o modificar el cumplimiento de la sentencia, pero que dicho acto jurídico no tiene la calidad de transacción ni produce los efectos de ésta.

Podría parecer, a primera vista, que en estos casos sí sería susceptible de configurarse una transacción, por considerar dentro de la categoría conceptual de «asunto dudoso» a las posibilidades de pago del vencido en pleito judicial. A nosotros nos parece claro, sin embargo, que en estas circunstancias sería improcedente una transacción, por cuanto el asunto «dudoso o litigioso» habría quedado zanjado definitivamente por una sentencia consentida y ejecutoriada. Las coordinaciones posteriores entre las partes, que las conduzcan a otra clase de convenciones, podrán constituir novación, dación en pago, condonación, etcétera, mas nunca una transacción.

Como punto aparte mencionamos que es frecuente, en las obligaciones pecuniarias en que los tribunales ordenan el pago de intereses sin fijar su cuantía, que las partes continúen, en ejecución de sentencia, debatiendo su monto. Aquí, no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obstante tratarse de una sentencia consentida y ejecutoriada sobre el capital, las partes podrían transigir sobre los intereses.

2.2. Ejecución de la transacción extrajudicial

El artículo 1312 del Código Civil peruano abarca también a los supuestos en que existan derechos dudosos, pero no sometidos a debate judicial. La finalidad, al igual que en la transacción judicial, es agilizar la ejecución de la transacción. Por ello, a fin de asegurar su eficaz cumplimiento, el legislador le atribuyó carácter de título que apareja ejecución, además de la fuerza obligatoria que el ordenamiento jurídico confiere a todo contrato[2650].

Luego de entrar en vigor el Código Procesal Civil que hoy nos rige, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, así como el de la transacción judicial, ha pasado a tener regulación expresa en el referido cuerpo normativo, quedando derogadas las normas que al respecto recogía el Código de Procedimientos Civiles de 1912, al que hace referencia el análisis de la Comisión Revisora.

Como se recuerda, los procesos de ejecución se encuentran regulados en los artículos 688 y siguientes del Código Procesal Civil.

Dentro del ordenamiento procesal, el artículo 694 de dicho cuerpo normativo establece que se puede demandar ejecutivamente obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Por su parte, el artículo 695 expresa que a la demanda con título ejecutivo para el cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero se le dará el trámite previsto en las disposiciones generales.

En esa línea, la jurisprudencia ha señalado, mediante Casación n.º 5081-2007-Cajamarca, de fecha 7 de octubre de 2008, lo siguiente, «*Décimo sétimo.*- Hay que tener en consideración también, que el artículo 1312 del Código Civil dispone que la transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia; y la extrajudicial en la vía ejecutiva, otorgando así a la transacción extrajudicial la presunción de certeza que contiene todo título ejecutivo».[2651]

2650 «Si la norma procesal confiere fuerza ejecutiva al dicho del arrendador en la ejecución por pago de la renta, el legislador estima que con mayor razón debe otorgarse mérito ejecutivo a la transacción extrajudicial —en la que el Juez está en aptitud de apreciar la voluntad del obligado— a fin de asegurar su pronto y eficaz cumplimiento.
Finalmente, cabe tener en cuenta que el artículo 1312 sólo regula las vías para solicitar el cumplimiento de la transacción. Nada impide que la parte perjudicada por algún incumplimiento pueda solicitar la resolución de la transacción» (Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 13-15).
Cabe señalar que este comentario de la Comisión fue anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, que en su artículo 337 establece que el incumplimiento de la transacción judicial no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de la transacción.

2651 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 397. Consultado en: https://lpderecho.pe/acuerdos-adoptados-titulo-ejecutivo-transaccion-extrajudicial-hacen-valer-proceso-unico-ejecucion-casacion-5081-2007-cajamarca/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

2.3. Semejanzas y diferencias existentes entre la transacción y otras figuras procesales

- **Transacción y mediación o buenos oficios**

La mediación o buenos oficios es un tema no previsto por la ley peruana, pero nada se opone a que él opere.

Es frecuente, en efecto, que partes con un asunto dudoso o litigioso designen de común acuerdo a un mediador o a una persona que interponga sus buenos oficios para solucionar el conflicto. Si ante esta mediación ambas partes se hacen concesiones recíprocas, evidentemente se estaría produciendo una transacción.

Si, por el contrario, a través de la mediación o buenos oficios, una de las partes acepta íntegramente las peticiones de la otra parte, entonces estaremos ante el reconocimiento de una obligación que se extinguirá por cualquiera de las otras formas previstas por la ley, usualmente mediante el pago.

- **Transacción y arbitraje**

También debemos referirnos al arbitraje. Éste carece de mayores puntos de contacto con la transacción, salvo que un proceso arbitral concluya por esa vía.

En rasgos generales, no es posible someter a arbitraje asuntos relativos al estado o la capacidad civil de las personas, ni sobre los bienes o derechos de incapaces, sin la previa autorización judicial. Tampoco cabe sobre las normas que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Es decir, en suma, sobre derechos no disponibles.

Sin embargo, el arbitraje —cada vez más difundido en el Perú durante las últimas décadas por entidades nacionales especializadas como el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Cámara de Comercio de Lima, etcétera, o por entidades internacionales como el caso de la Cámara de Comercio Internacional de París, CCI—, también puede terminar por transacción, exactamente igual que en un proceso judicial.

- **Transacción y conciliación**

Podríamos encontrarnos ante un supuesto de conciliación judicial, que constituye otra de las formas especiales de conclusión del proceso, teniendo rasgos característicos en nuestra legislación procesal, los cuales de alguna forma la asemejan a la transacción.

En el artículo 323 del Código Procesal Civil se establece que las partes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia (nótese que la transacción judicial procede en cualquier estado del juicio, incluso cuando la causa esté al voto o en discordia en una casación).

El artículo 324, por su parte, señala que la conciliación se llevará a cabo ante un centro de conciliación elegido por las partes; no obstante, si ambas lo solicitan,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

puede el juez convocarla en cualquier etapa del proceso. Asimismo, establece que el juez no es recusable por las manifestaciones que pudiera formular en esta audiencia.

El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, siempre que el acuerdo se adecue a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (artículo 325).

De acuerdo con el artículo 327 del Código Procesal Civil, si habiendo proceso abierto las partes concilian fuera de éste, presentarán con un escrito el acta de conciliación respectiva, expedida por un centro de conciliación extrajudicial. Presentada por las partes el acta de conciliación, el juez la aprobará previa verificación del requisito establecido en el artículo 325, y declarará concluido el proceso. Si la conciliación presentada al juez es parcial, y ella recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno o algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones o de las personas no afectadas. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de tercero.

En virtud a lo establecido por el artículo 328, la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada (extremo en el que se asemeja a lo dispuesto por la primera parte del segundo párrafo del artículo 337 del Código Procesal Civil, en materia de transacción, y a lo previsto por el tercer y último párrafo del artículo 1302 del Código Civil).

Ahora bien, es de notar que las semejanzas que existen entre esta figura y la transacción son ostensibles, por cuanto ambas tienen como núcleo sustancial el acuerdo pacífico y a satisfacción de ambas partes para eliminar la discrepancia entre ellas.

Pero tal vez la diferencia más saltante sea que en la transacción necesariamente tiene que haber concesiones recíprocas, elemento que no tendrá por qué estar presente en un acuerdo conciliatorio, en la medida en que, en la conciliación, si bien podría haber concesiones recíprocas, ella también se podría presentar cuando una de las partes se avenga en su totalidad a lo que pretende la contraria[2652].

La conciliación es una alternativa que se presenta dentro o fuera de un proceso (es decir, antes de que éste comience), ya sea judicial o arbitral, contemplado en la normativa correspondiente. La transacción también procede dentro o fuera de un juicio o arbitraje, y cuando se da dentro de un proceso, puede ser en cualquier estado de él, pero sin necesidad de que las partes soliciten espacio y momento para transigir.

La conciliación debe celebrarse dentro de la audiencia de conciliación (etapa prevista legalmente dentro de un proceso) o por convocatoria de oficio por parte del juez, o cuando a éste lo hubieren solicitado las partes. Finalmente, el juez participa en la conciliación, propone, según el caso, alguna fórmula conciliatoria y aprueba el resultado de la conciliación. En la transacción el juez (o el tribunal arbitral) no tiene injerencia alguna, siendo un acuerdo estrictamente privado de las partes.

2652 El texto corresponde a la tercera edición.

Título VIII
Mutuo disenso
(Artículo 1313)

Concepto y otras apreciaciones sobre la institución

1. Fuentes nacionales del artículo 1313
2. Análisis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mutuo disenso se refiere a bienes inmuebles, o a derechos reales, relativos a esos bienes, no produce efecto contra terceras personas sino desde la fecha en que se extienda el asiento correspondiente en el respectivo Registro de la Propiedad»; y 3043: «En caso de resultar perjudicado un tercero por el mutuo disenso, se tiene éste por no celebrado; y se reputa subsistente la obligación, en cuanto se refiera a los derechos de la persona perjudicada».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema en sus artículos 308: «Se acaban las obligaciones de la misma manera que se formaron, cuando la persona a favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, conviene mutuamente en extinguirlas.— No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero»; y 309: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación, sólo en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en sus artículos 294: «Se acaban las obligaciones de la misma manera que se formaron, cuando la persona a favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas»; y 295: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación, sólo en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en su artículo 1306: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1317: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada».

Por último, 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 su artículo 182: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en sus artículos 167: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto»; y 168: «El mutuo disenso que perjudique los derechos de terceros se tendrá por no efectuado»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1330: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto»; y en el artículo 1331: «El mutuo disenso que perjudique los derechos de terceros se tendrá por no efectuado»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 trataba la materia en el artículo 1280: «Por el mutuo disenso las partes que

mutuo disenso se refiere a bienes inmuebles, o a derechos reales, relativos a esos bienes, no produce efecto contra terceras personas sino desde la fecha en que se extienda el asiento correspondiente en el respectivo Registro de la Propiedad»; y 3043: «En caso de resultar perjudicado un tercero por el mutuo disenso, se tiene éste por no celebrado; y se reputa subsistente la obligación, en cuanto se refiera a los derechos de la persona perjudicada».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, regulaba el tema en sus artículos 308: «Se acaban las obligaciones de la misma manera que se formaron, cuando la persona a favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, conviene mutuamente en extinguirlas.— No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero»; y 309: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación, sólo en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en sus artículos 294: «Se acaban las obligaciones de la misma manera que se formaron, cuando la persona a favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas»; y 295: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación, sólo en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en su artículo 1306: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1317: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada».

Por último, 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 su artículo 182: «En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en sus artículos 167: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto»; y 168: «El mutuo disenso que perjudique los derechos de terceros se tendrá por no efectuado»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1330: «Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto»; y en el artículo 1331: «El mutuo disenso que perjudique los derechos de terceros se tendrá por no efectuado»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 trataba la materia en el artículo 1280: «Por el mutuo disenso las partes que

cosa que un consentimiento contrario al que antes se prestó, en virtud del cual, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad lo dejan sin efecto, así lo señala la primera parte del artículo 1313 del Código. El mutuo disenso sólo puede funcionar en los contratos bilaterales en caso que se quiera poner fin simultáneamente a ambas prestaciones recíprocas, toda vez que, si la extinción concerniese a una sola, no escaparíamos del ámbito de la condonación. El mutuo disenso se considera como no producido cuando perjudica derechos de terceros; al respecto debe precisarse que el mutuo disenso no opera retroactivamente, es decir, que sólo produce efectos que se proyectan para el futuro; en tal sentido, los derechos adquiridos por terceros sobre el bien o bienes en el intermedio del tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y el mutuo disenso subsisten, dado que la decisión que emana de la voluntad de las partes no puede incidir en detrimento de quienes fueron ajenos al contrato».[2656]

El mutuo disenso, según hemos indicado, es un medio extintivo obligacional que proviene de un consentimiento prestado de manera opuesta o contraria al primigenio. Se trata, entonces, de un contrato cuyo contenido es justamente lo inverso a la constitución del vínculo obligatorio, con el cual se elimina, en virtud de la voluntad unánime de ambas partes, el acuerdo anterior. De esta forma las partes, que como requisito deben tener la libre disposición de sus bienes, convienen en dejar sin efecto un contrato previo. Por esta razón (ya que lo consideran innecesario), no todos los códigos civiles lo regulan, pues, basándose en la libre autonomía de la voluntad, la persona, en función de la satisfacción de sus necesidades, o de su interés jurídico, es libre tanto para generar vínculos jurídicos, como para hacer surgir obligaciones contractuales y para extinguirlas.

Este medio extintivo opera únicamente en los contratos bilaterales[2657], ya que en los contratos unilaterales (o de prestación unilateral) bastaría con dejar sin efecto la prestación del único deudor, por acuerdo al que llega con su acreedor, lo cual sería equivalente a una remisión o condonación de deuda.

Al analizar la extinción de la relación jurídica, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle[2658] señala que ésta ocurre «[...] cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta».

2656 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 965. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2657 No es poco frecuente confundir el concepto de contrato bilateral. No se trata de una bilateralidad o pluralidad en cuanto a quienes participan, ya que del propio término «contrato» se infiere tal pluralidad (pues no cabe un contrato de una sola parte). La bilateralidad o pluralidad contractual está referida a las prestaciones provenientes de las partes. Los contratos bilaterales son, en ese sentido, los sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, a diferencia de los contratos unilaterales, en los que sólo una de las partes se obliga con la otra u otras a cumplir una prestación. A estos últimos, cuyo ejemplo más ilustrativo es el contrato de donación, se les denomina contratos de prestación unilateral.

2658 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo I, p. 89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cosa que un consentimiento contrario al que antes se prestó, en virtud del cual, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad lo dejan sin efecto, así lo señala la primera parte del artículo 1313 del Código. El mutuo disenso sólo puede funcionar en los contratos bilaterales en caso que se quiera poner fin simultáneamente a ambas prestaciones recíprocas, toda vez que, si la extinción concerniese a una sola, no escaparíamos del ámbito de la condonación. El mutuo disenso se considera como no producido cuando perjudica derechos de terceros; al respecto debe precisarse que el mutuo disenso no opera retroactivamente, es decir, que sólo produce efectos que se proyectan para el futuro; en tal sentido, los derechos adquiridos por terceros sobre el bien o bienes en el intermedio del tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y el mutuo disenso subsisten, dado que la decisión que emana de la voluntad de las partes no puede incidir en detrimento de quienes fueron ajenos al contrato».[2656]

El mutuo disenso, según hemos indicado, es un medio extintivo obligacional que proviene de un consentimiento prestado de manera opuesta o contraria al primigenio. Se trata, entonces, de un contrato cuyo contenido es justamente lo inverso a la constitución del vínculo obligatorio, con el cual se elimina, en virtud de la voluntad unánime de ambas partes, el acuerdo anterior. De esta forma las partes, que como requisito deben tener la libre disposición de sus bienes, convienen en dejar sin efecto un contrato previo. Por esta razón (ya que lo consideran innecesario), no todos los códigos civiles lo regulan, pues, basándose en la libre autonomía de la voluntad, la persona, en función de la satisfacción de sus necesidades, o de su interés jurídico, es libre tanto para generar vínculos jurídicos, como para hacer surgir obligaciones contractuales y para extinguirlas.

Este medio extintivo opera únicamente en los contratos bilaterales[2657], ya que en los contratos unilaterales (o de prestación unilateral) bastaría con dejar sin efecto la prestación del único deudor, por acuerdo al que llega con su acreedor, lo cual sería equivalente a una remisión o condonación de deuda.

Al analizar la extinción de la relación jurídica, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle[2658] señala que ésta ocurre «[...] cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta».

2656 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 965. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2657 No es poco frecuente confundir el concepto de contrato bilateral. No se trata de una bilateralidad o pluralidad en cuanto a quienes participan, ya que del propio término «contrato» se infiere tal pluralidad (pues no cabe un contrato de una sola parte). La bilateralidad o pluralidad contractual está referida a las prestaciones provenientes de las partes. Los contratos bilaterales son, en ese sentido, los sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, a diferencia de los contratos unilaterales, en los que sólo una de las partes se obliga con la otra u otras a cumplir una prestación. A estos últimos, cuyo ejemplo más ilustrativo es el contrato de donación, se les denomina contratos de prestación unilateral.

2658 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo I, p. 89.

Es razonable, luego de estas consideraciones acerca de la naturaleza contractual del mutuo disenso, formularse la interrogante sobre la razón por la cual esta figura se encuentra ubicada en el Código Civil como un medio de extinción de las obligaciones, junto al pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación y la transacción. La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984 ubicó al mutuo disenso como uno de los medios para extinguir obligaciones y no como un contrato (a pesar de identificar su naturaleza como más adecuada a éstos), por motivos didácticos y de ayuda a los hombres de Derecho, más que por ceñirnos a un sistema[2663].

2.2. El mutuo disenso en el ámbito del Derecho de Familia

El mutuo disenso es un medio extintivo cuya amplitud rebasa el ámbito del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos.

El texto original del Código Civil peruano de 1984 contemplaba la expresión «mutuo disenso» en cinco normas, los artículos 333, inciso 11, 344, 345, 354 y 1313. De estos preceptos, los cuatro primeros empleaban la expresión «mutuo disenso», aludiendo a lo que hoy se conoce como separación convencional en Derecho de Familia[2664].

2663 «El artículo 1313, que tiene su antecedente legal en el artículo 1317 del Código Civil de 1936, se destina a la regulación del mutuo disenso y a los efectos que produce.
El legislador ha considerado conveniente, principalmente por razón de tradición jurídica, mantener la ubicación del mutuo disenso en la parte relativa a los medios para extinguir las obligaciones, no obstante que el mutuo disenso es también un contrato» (Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 6-9).

2664 A continuación transcribimos los textos originales y entre paréntesis los vigentes (en virtud de la modificación operada por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.° 768 —Código Procesal Civil de 1992, que entró en vigencia en 1993—).
Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
[...]
11. El mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
(11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio).
Artículo 344.- Cuando se solicite la separación por mutuo disenso citará el juez a comparendo, pudiendo revocar su consentimiento cualquiera de las partes dentro de los treinta días posteriores a esta diligencia. (Cuando se solicite la separación convencional cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia).
Artículo 345.- En caso de separación por mutuo disenso, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.
Son aplicables a la separación por mutuo disenso las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341.
(En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.
Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341).
Artículo 354.- Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Es razonable, luego de estas consideraciones acerca de la naturaleza contractual del mutuo disenso, formularse la interrogante sobre la razón por la cual esta figura se encuentra ubicada en el Código Civil como un medio de extinción de las obligaciones, junto al pago, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación y la transacción. La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1984 ubicó al mutuo disenso como uno de los medios para extinguir obligaciones y no como un contrato (a pesar de identificar su naturaleza como más adecuada a éstos), por motivos didácticos y de ayuda a los hombres de Derecho, más que por ceñirnos a un sistema[2663].

2.2. El mutuo disenso en el ámbito del Derecho de Familia

El mutuo disenso es un medio extintivo cuya amplitud rebasa el ámbito del Derecho de las Obligaciones y de los Contratos.

El texto original del Código Civil peruano de 1984 contemplaba la expresión «mutuo disenso» en cinco normas, los artículos 333, inciso 11, 344, 345, 354 y 1313. De estos preceptos, los cuatro primeros empleaban la expresión «mutuo disenso», aludiendo a lo que hoy se conoce como separación convencional en Derecho de Familia[2664].

2663 «El artículo 1313, que tiene su antecedente legal en el artículo 1317 del Código Civil de 1936, se destina a la regulación del mutuo disenso y a los efectos que produce.
El legislador ha considerado conveniente, principalmente por razón de tradición jurídica, mantener la ubicación del mutuo disenso en la parte relativa a los medios para extinguir las obligaciones, no obstante que el mutuo disenso es también un contrato» (Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 6-9).

2664 A continuación transcribimos los textos originales y entre paréntesis los vigentes (en virtud de la modificación operada por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.° 768 —Código Procesal Civil de 1992, que entró en vigencia en 1993—).
Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos:
[...]
11. El mutuo disenso, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.
(11. Separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio).
Artículo 344.- Cuando se solicite la separación por mutuo disenso citará el juez a comparendo, pudiendo revocar su consentimiento cualquiera de las partes dentro de los treinta días posteriores a esta diligencia. (Cuando se solicite la separación convencional cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia).
Artículo 345.- En caso de separación por mutuo disenso, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.
Son aplicables a la separación por mutuo disenso las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341.
(En caso de separación convencional, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, lo que ambos cónyuges acuerden.
Son aplicables a la separación convencional las disposiciones contenidas en los artículos 340, último párrafo, y 341).
Artículo 354.- Transcurridos seis meses de la sentencia de separación por mutuo disenso, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.

Es importante tomar nota de que en el Derecho de Familia el mutuo disenso se aplica únicamente al matrimonio, institución cuyo concepto se encuentra plasmado en el artículo 234 del Código Civil: «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.— El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

Esto significa que el mutuo disenso recae sobre una institución nacida de un acto jurídico cuyo contenido es fundamentalmente extrapatrimonial, ya que por efecto del matrimonio nacen numerosos derechos y deberes que no pueden ser calificados como obligaciones civiles. Éstas, en el matrimonio, se circunscriben a ámbitos muy específicos, como es el caso del régimen patrimonial o la obligación alimentaria, la que —sin dejar de ser una obligación civil— tiene rasgos y características propios que le otorgan importantes peculiaridades.

Entonces, vemos cómo el mutuo disenso se ha venido aplicando en el Derecho peruano a una institución que no es fundamentalmente de carácter patrimonial y, por lo tanto, en este ámbito no se puede hablar de un contrato. En opinión nuestra, el matrimonio, más allá de concepciones antiguas o de la que pudiera ser una idea generalizada en la sociedad, no es, jurídicamente hablando, un contrato, pues no se trata de un acto a través del cual las partes exclusivamente dan nacimiento a obligaciones. Las obligaciones son excepcionales en el matrimonio. Lo fundamental de esta institución son los deberes y derechos afectivos, de asistencia, respeto, educación de los hijos, etcétera, todos ellos ajenos al contenido patrimonial del concepto de contrato, no sólo concebido por la doctrina, sino consagrado legislativamente por el artículo 1351 del Código Civil peruano.

2.3. Carácter unitario del mutuo disenso

Castañeda[2665] opina que el Código Civil peruano de 1936 parecía admitir que el matrimonio es un contrato y no una institución, ya que se disuelve por mutuo disenso. Y en este orden de ideas el matrimonio sería un contrato de tracto sucesivo. Pero, según el citado profesor, conviene tener en cuenta que esta forma de dejar sin efecto el contrato matrimonial supone un mutuo disenso sui géneris, ya que no es suficiente que concurra la voluntad de las partes, sino que se requiere la intervención judicial. Asimismo, para la disolución del matrimonio se exige que haya transcurrido dos años por lo menos, contados desde el día siguiente de su celebración; y que después de dictada la sentencia de separación haya transcurrido un año (actualmente son seis meses). La sentencia misma no disuelve el matrimonio; éste quedará disuelto posteriormente en forma unilateral, por cualquiera de los cónyuges y, si ninguno lo pidiere, debe reputarse que

2665 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 382 y 383.

Es importante tomar nota de que en el Derecho de Familia el mutuo disenso se aplica únicamente al matrimonio, institución cuyo concepto se encuentra plasmado en el artículo 234 del Código Civil: «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.— El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales».

Esto significa que el mutuo disenso recae sobre una institución nacida de un acto jurídico cuyo contenido es fundamentalmente extrapatrimonial, ya que por efecto del matrimonio nacen numerosos derechos y deberes que no pueden ser calificados como obligaciones civiles. Éstas, en el matrimonio, se circunscriben a ámbitos muy específicos, como es el caso del régimen patrimonial o la obligación alimentaria, la que —sin dejar de ser una obligación civil— tiene rasgos y características propios que le otorgan importantes peculiaridades.

Entonces, vemos cómo el mutuo disenso se ha venido aplicando en el Derecho peruano a una institución que no es fundamentalmente de carácter patrimonial y, por lo tanto, en este ámbito no se puede hablar de un contrato. En opinión nuestra, el matrimonio, más allá de concepciones antiguas o de la que pudiera ser una idea generalizada en la sociedad, no es, jurídicamente hablando, un contrato, pues no se trata de un acto a través del cual las partes exclusivamente dan nacimiento a obligaciones. Las obligaciones son excepcionales en el matrimonio. Lo fundamental de esta institución son los deberes y derechos afectivos, de asistencia, respeto, educación de los hijos, etcétera, todos ellos ajenos al contenido patrimonial del concepto de contrato, no sólo concebido por la doctrina, sino consagrado legislativamente por el artículo 1351 del Código Civil peruano.

2.3. Carácter unitario del mutuo disenso

Castañeda[2665] opina que el Código Civil peruano de 1936 parecía admitir que el matrimonio es un contrato y no una institución, ya que se disuelve por mutuo disenso. Y en este orden de ideas el matrimonio sería un contrato de tracto sucesivo. Pero, según el citado profesor, conviene tener en cuenta que esta forma de dejar sin efecto el contrato matrimonial supone un mutuo disenso sui géneris, ya que no es suficiente que concurra la voluntad de las partes, sino que se requiere la intervención judicial. Asimismo, para la disolución del matrimonio se exige que haya transcurrido dos años por lo menos, contados desde el día siguiente de su celebración; y que después de dictada la sentencia de separación haya transcurrido un año (actualmente son seis meses). La sentencia misma no disuelve el matrimonio; éste quedará disuelto posteriormente en forma unilateral, por cualquiera de los cónyuges y, si ninguno lo pidiere, debe reputarse que

2665 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 382 y 383.

Por ello consideramos que el mutuo disenso es una figura unitaria tanto en Derecho Civil patrimonial como en Derecho de Familia, independientemente de los matices anotados respecto a la manera como llega a surtir efectos.

Lo hasta aquí expresado deja en claro que el mutuo disenso, en sus dos ámbitos de aplicación, esto es, el acto jurídico matrimonial —con todas las características que le son propias— y como forma de extinguir obligaciones esencialmente civiles, exhibe un espectro muy amplio.

Por otra parte, la Real Academia Española[2666] considera a la expresión «disenso» como sinónimo de «disentimiento» y señala que en el ámbito del Derecho es la «Conformidad de las partes en disolver o dejar sin efecto el contrato u obligación entre ellas existente». Asimismo, el vocablo «disentimiento» es definido como la «Acción y efecto de disentir»; en tanto que «disentir» es «No ajustarse al sentir o parecer de alguien».

La citada institución, al referirse a la expresión «mutuo», señala «Que recíprocamente se hace entre dos o tres personas, animales o cosas»[2667].

Por su parte, Guillermo Cabanellas[2668] señala que mutuo disenso es:

> La conformidad negativa que disuelve o deja sin efecto un acto o contrato.
>
> La eficacia del disenso mutuo está afirmada en el Código justinianeo: *Quae consensu contrahuntur, consensu disolvuntur* (Lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve). Llevando el mismo concepto a la materialidad, otro aforismo expresa: *Res oedem modo dissolvi possunt, quo fuerunt colligatae* (Las cosas pueden separarse de igual modo que se juntaron).
>
> No obstante esas autoridades, la eficacia disolutoria del mutuo disenso se aminora considerablemente por las situaciones vividas, los hechos consumados, los intereses de terceros y el carácter institucional que el consentimiento crea en ocasiones; de modo singular en el matrimonio, que conduce en todos los ordenamientos, incluso en los que admiten el divorcio, a supeditarlo a causas adicionales.

El propio Cabanellas, cuando se refiere al mutuo disenso en las obligaciones, señala que es un «Modo de extinguirlas, basado en que el acuerdo contrario de las mismas partes que las han constituido puede deshacerlas, siempre que no se perjudique a tercero o se viole precepto de orden público. El Código Civil español y el

2666 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo I, p. 505.
2667 *Ibidem*, tomo II, p. 941.
2668 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo V, p. 500.

el matrimonio subsiste. Por lo tanto, subsistente el matrimonio, vale decir el vínculo, deben funcionar los derechos hereditarios entre ambos cónyuges, los cuales sólo cesan cuando el divorcio se ha producido. Debe anotarse también —según Castañeda— que, no obstante el mutuo disenso y la disolución del matrimonio por este medio, se preservan algunas prestaciones a que dio origen tal contrato, como son las alimentarias.

En lo que respecta a la opinión de Jorge Eugenio Castañeda, cuando considera que el mutuo disenso en Derecho de Familia tiene carácter sui géneris porque debe ser aprobado por los tribunales, estimamos que ese parecer no es del todo acertado, pues el mutuo disenso se celebra con el solo acuerdo de ambas partes, es decir, de aquéllos que desean dejar sin efecto un acto jurídico preexistente, celebrado por ellos mismos. Esta afirmación es común tanto al Derecho Civil patrimonial como al Derecho de Familia. Con ello, queremos expresar que el mutuo disenso siempre se celebra con el consentimiento de esas partes, al igual que el matrimonio se contrae en virtud del acuerdo voluntario de ambas partes.

La diferencia radicará en el hecho de que, si el mutuo disenso tiene por objeto dejar sin efecto un contrato, bastará con ese acuerdo para que cesen los efectos de dicho contrato (lo que equivale a decir que bastará con ese acuerdo para que el mutuo disenso surta sus efectos de inmediato). En sede contractual podríamos calificar al mutuo disenso como una resolución convencional o celebrada por mutuo acuerdo, naturalmente de carácter extrajudicial, cuyos efectos y naturaleza son asimilables a las disposiciones contenidas en los artículos 1370 y 1372 del Código Civil peruano.

Sin embargo, el mutuo disenso en Derecho de Familia, por la naturaleza de la institución matrimonial y por las concepciones que sobre la familia y el matrimonio han inspirado tradicionalmente al legislador de nuestro país, no resulta de fácil aplicación, pues el matrimonio es un acto que la sociedad y el Derecho consideran de extrema importancia, ya que no sólo tiene relación con el patrimonio, sino fundamentalmente con la vida de los cónyuges y, eventualmente, con sus descendientes y entorno familiar.

No olvidemos tampoco que el matrimonio es un acto esencialmente formal. Podríamos llegar a decir, incluso, que el matrimonio es el acto formal (*ad solemnitatem*) por excelencia. No existe dentro de la legislación civil peruana ningún otro acto para cuya celebración la ley establezca más requisitos y sancione con más impedimentos. Entonces, dentro de esta lógica, resulta absolutamente coherente que, si se requiere de tantas formalidades para darle nacimiento, se necesite de igual grado de formalidad para hacer cesar sus efectos.

Por último, debe advertirse que el matrimonio es un acto celebrado por una autoridad estatal (municipal), razón por la cual tiene plena lógica que su disolución se efectúe con aprobación de otra autoridad estatal (en este caso, la judicial).

FERNANDO CASTILLO FREYRE

cumplidas, al menos en su totalidad[2670], pues no se puede extinguir ni lo que aún no existe ni lo que ya no existe. En igual sentido se expresa Castañeda[2671], quien enseña que para admitir el mutuo disenso se exige comúnmente que aquello que es materia de él exista y sea susceptible de producir efectos jurídicos y que el contrato se encuentre perfeccionado, pero que no esté en estado de ejecución o de consumación. Agrega que, de ocurrir esto último, no cabría el mutuo disenso, desde que ya las obligaciones a cargo de los contratantes han sido cumplidas, o sea, pagadas, y es, por lo tanto, aplicable un dispositivo del Código Civil (se refiere Castañeda al Código de 1936) instalado en el título del pago que preceptúa: «El pago total extingue la obligación íntegramente. El pago parcial aceptado, la extingue en la fracción equivalente a su cuantía. La obligación o la fracción de ésta, respectivamente extinguidas, no reviven por el acto rescisorio, ni por la declaración convencional del acreedor y del deudor, ni por la restitución que el primero hiciera al segundo de la cantidad pagada».

En esa línea, el Tribunal Constitucional, en la Resolución n.° 387-2001-ORLC/TC, de fecha 6 de septiembre de 2001, ha determinado que, «El mutuo disenso requiere que el contrato se encuentre ya perfeccionado, pero no ejecutado. Teniendo en cuenta que el mutuo disenso, implica revocar de común acuerdo un convenio adoptado anteriormente a efectos de extinguir la prestación o prestaciones correspondientes, se concluye que el mismo presupone la existencia de una prestación o prestaciones no ejecutadas; dado que en virtud del mutuo disenso no podrá extinguirse lo que aún no existe (por ejemplo si el contrato aún no se encuentra perfeccionado) e igualmente, no sería posible extinguir lo que ya no existe (tratándose de un contrato consumado en el que se cumplió el propósito que las partes previeron). En ese sentido, León Barandiarán señala que el mutuo disenso requiere que el contrato se encuentre ya perfeccionado (dado que antes resultaría extemporáneo y sin sentido) pero no ejecutado, cuando menos no totalmente, ya que de otra manera no podría hablarse de mutuo disenso, destinado a dejar sin efecto las obligaciones por cumplirse, sino que se trataría de un nuevo contrato».[2672]

En lo que respecta al grado de ejecución de las prestaciones contractuales y el mutuo disenso, debe tenerse en cuenta que el único requisito será el que ambas partes que han celebrado el contrato tengan prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre todavía pendiente, no importando el grado de ejecución que haya revestido dicho cumplimiento, siempre y cuando no haya sido total.

Este contrato debe ser de prestaciones recíprocas, como ya hemos señalado, y debe encontrarse en estado de perfección, es decir, debe tener existencia y ser susceptible de producir efectos jurídicos.

2670 El requisito relativo a que las prestaciones no deben haberse ejecutado es común a todos los medios extintivos de obligaciones.

2671 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 380 y 381.

2672 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 967. [Texto correspondiente a la tercera edición]

argentino no incluyen tal causa entre las que extinguen las obligaciones, pero no se trata sino de un olvido del legislador o de omitir una disposición superflua»[2669].

2.4. Ámbito de aplicación del mutuo disenso dentro de los actos jurídicos

El artículo 1313 del Código Civil peruano de 1984 define el mutuo disenso como el acuerdo de las partes para dejar sin efecto el acto jurídico que han celebrado anteriormente.

A pesar de la amplitud de la definición del Código, según la cual se permite resolver un acto jurídico preexistente, el mutuo disenso no es un modo genérico de extinguir obligaciones (como es el caso del pago, la condonación, la consolidación, etcétera, mediante los cuales también se pueden extinguir obligaciones extracontractuales), ya que su ámbito está limitado a extinguir obligaciones derivadas de los actos jurídicos y contratos.

En primer lugar, constituye requisito básico para un mutuo disenso que previamente las partes hayan celebrado un contrato cuyas prestaciones aún no estén

2669 Sobre el particular, Cabanellas agrega lo siguiente:
«[...] El Tribunal Supremo de España ha variado en este punto fallos previos: luego de resolver precipitadamente que no existen otros modos de extinguirse las obligaciones que los mencionados en el artículo 1.156 del Código (el pago o cumplimiento, la pérdida de lo debido, la condonación, la confusión de derechos, la compensación y la novación) y no otros (sentencia del 11 de enero de 1925, que olvidaba también la rescisión y la prescripción), otro fallo, del 5 de diciembre de 1940, estima que la enumeración citada es tan solo enunciativa, no agotadora; y que, por tanto, es admisible la extinción de las obligaciones como consecuencia de la voluntad y libre consentimiento de las partes para darlas por rescindidas.
[...] Debe tenerse muy presente al respecto que todos los textos civiles reconocen la eficacia de la renuncia de derechos (con pequeñas restricciones) y la facultad de remitir o perdonar las obligaciones; y el mutuo disenso, en el fondo, no constituye otra cosa que una combinación, más o menos compleja, de esas atribuciones jurídicas de las personas. Si hubiera que recurrir a una ficción, podría echarse mano de una hipotética obligación nueva con signo contrario para las partes, con una automática compensación. Tampoco ha de olvidarse que no se incurre en culpa por la mora recíproca, indefinida o definitiva en el mutuo disenso.
De la semejanza del contrato con la ley, si ésta puede ser derogada por el legislador, debe admitirse por analogía que los legisladores privados poseen también la facultad de derogar las normas que han dictado para ellos mismos.
[...] El mutuo disenso, que algunos autores denominan también contrato cancelatorio, admite dos grados, el desistimiento total, incluso con restitución de lo dado o reposición de las cosas posibles al estado primitivo, y la renuncia a proseguir la ejecución. De estar cumplida plenamente una obligación, el concierto para deshacer lo hecho significaría un negocio contrario más que un mutuo disenso del anterior.
[...] Actitud similar a la del mutuo disenso puede apreciarse en la negativa a ratificar ambas partes un acto que no tiene validez por falta de algún requisito que pueden fácilmente llenar. Por ejemplo, ante las simples promesas en los contratos reales, en la posición clásica que exige imperiosamente la entrega de la cosa para la perfección del vínculo, la indolencia al no entregarla o no querer recibirla no es sino un mutuo disenso inicial cuando ninguna parte reitera a la otra su oferta, solicitud o consentimiento primero.
La remisión envuelve en el fondo un mutuo disenso: ya que, como donación, requiere la aceptación del donatario, en este caso el deudor; pues éste tiene derecho a hacer el pago incluso contra la voluntad del acreedor, como demuestra la institución de la consignación».

amplitud, de la eficacia extintiva de las convenciones respecto de cualquier clase de obligaciones e independientemente de su origen.

Entonces, si quienes celebraron un contrato unánimemente disienten de éste —dice Ospina Fernández—, la extinción de las obligaciones emanadas de él obra de modo indirecto. Pero si la convención extintiva se refiere a una obligación concreta, cualquiera que sea su causa, el modo es directo.

No compartimos este criterio (Castañeda tampoco lo hace), ya que el mutuo disenso no opera, como hemos manifestado, en relaciones obligacionales en las que sólo una de las partes se encuentra obligada con la otra, pues aquí la extinción por acuerdo de partes de dicha obligación sería una condonación. Sólo es posible que se configure el mutuo disenso cuando se ha perfeccionado un contrato bilateral.

Asimismo, este instituto importa un consentimiento en sentido contrario al ya formado. Y siendo el contrato una especie del género (acto jurídico) en que debe existir como elemento sustancial el consentimiento (además de sujeto capaz, objeto lícito y forma establecida o no prohibida por la ley), se infiere sin lugar a dudas que el mutuo disenso sólo puede convenirse dentro de un contrato y no en cualquier acto jurídico.

En suma, el mutuo disenso sólo resulta de aplicación a los actos bilaterales o a los plurilaterales (aquéllos en cuya celebración intervienen más de dos partes).

Esto puede deducirse de la propia definición del mutuo disenso, en la medida en que el numeral 1313 del Código Civil peruano alude a que por él las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Ello significa que, si bien el ámbito de aplicación del mutuo disenso trasciende el área contractual, necesariamente debemos estar ante actos jurídicos que hayan sido celebrados por dos o más partes. Si se tratara de un acto jurídico celebrado por una parte, como es el caso de la promesa unilateral de recompensa o del testamento, y la parte que lo celebró deseara dejarlo sin efecto, podrá hacerlo recurriendo a su revocación, siempre que tal situación le esté permitida por la ley y no atente contra derechos de terceros.

Por otra parte, y como ha sido visto, se cuestiona que el mutuo disenso resulte aplicable en los actos celebrados por dos o más partes, pero en los cuales sólo una de ellas asume obligaciones. Si tomamos en sentido estricto el concepto legal peruano de mutuo disenso, no habría inconveniente en asumir que esta figura también resultará de aplicación a los actos bilaterales celebrados a título de liberalidad, tales como el contrato de donación o cualquier otro acto en el cual una sola de las partes se obligue a ejecutar una prestación sin esperar retribución o contraprestación alguna. Pero, reiteramos, en estos casos sería prácticamente imperceptible la línea divisoria existente entre un mutuo disenso y una condonación, en la medida en que la figura podría ser fácilmente encuadrada tanto en una como en otra institución.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Castañeda[2673] expresa que lo evidente es que el mutuo disenso funciona sólo en los contratos bilaterales y no en los unilaterales. Esto resulta claro, pues de tratarse de un contrato unilateral (es decir, con una o más prestaciones a cargo de una sola de las partes), el acuerdo de ambas partes de dejarlo sin efecto sería una condonación. En el mutuo disenso, al destruir con su consentimiento el contrato que antes habían formado, las partes deben restituirse lo que recíprocamente hubieran recibido como cumplimiento del contrato.

Para Planiol y Ripert la resciliación es admisible, aunque el contrato se hubiera consumado o se encontrara en vía de ejecución (sólo esta última solución nos parece admisible). Así, para ellos, si por ejemplo ya se hubiese transmitido el derecho de propiedad sobre un inmueble y posteriormente se acordase el mutuo disenso, entonces se deberá inscribir éste, por tratarse de una nueva transmisión de propiedad realizada en sentido inverso. Asimismo, en cuanto a los impuestos que devenga el contrato resciliado (alcabala de enajenaciones), debían pagarse nuevamente.

Algunos autores sostienen que el mutuo disenso no sólo se aplica a las obligaciones emergentes del contrato (de acuerdo con el aforismo de que las cosas se deshacen como se hacen), sino que también funciona en las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, puesto que nada impide que una persona que tiene obligación de reparar un daño que ha inferido pacte con quien tiene derecho a recibir la prestación en el sentido de dejar sin efecto dicha obligación.

Ospina Fernández[2674], quien es de esta opinión, manifiesta que la autonomía de la voluntad privada en punto de la extinción convencional de relaciones jurídicas preexistentes no se reduce a las que las partes hubieran contribuido a crear mediante un contrato, sino que opera en general respecto de todas aquellas relaciones en que dicha autonomía está legalmente autorizada.

Así, señala, toda obligación, cualquiera sea su fuente (contrato, acto unipersonal, hecho ilícito, etcétera), puede extinguirse por el mutuo consentimiento entre el acreedor y el deudor; siendo tal lo preceptuado por el inciso primero del artículo 1625 del Código Civil colombiano, que dice: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula [...]». Se tiene, por lo tanto, que este texto legal no es una simple aplicación del artículo 1602 que determina la obligatoriedad de los actos jurídicos, especialmente de los contratos, que requiere el mutuo disenso de las partes para deshacer o revocar dichos actos, con repercusión indirecta sobre los efectos de ellos, como las obligaciones que hayan generado, sino que el inciso transcrito implica la consagración, en toda su

2673 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 382.
2674 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 331 y 332.

Además, al haber manifestado que el mutuo disenso, en materia contractual, sólo se refiere a los contratos celebrados a título oneroso, y por las mismas razones que descartamos a los contratos celebrados a título gratuito de su ámbito de aplicación, creemos que si en un contrato a título oneroso una de las partes ya hubiera ejecutado la integridad de sus prestaciones, en tanto la otra todavía tuviera que ejecutar una fracción o alguna de ellas, la situación sería muy similar a la de un contrato celebrado a título gratuito y si, en ese estado de cosas, las partes llegaran a un acuerdo para dejar sin efecto el acto celebrado, nos encontraríamos en similar situación que aquélla que nos hacía ver como casi imperceptible la línea divisoria existente entre el mutuo disenso y la condonación.

Citando a Ángel Gustavo Cornejo, José León Barandiarán y Giorgio Giorgi, Castañeda[2676] afirma que el mutuo disenso es eficaz para extinguir las obligaciones que nacen de la compraventa, antes de que se hubiere cumplido con entregar la cosa y pagar el precio, o las que emerjan de un contrato de locación, de sociedad, etcétera. Pero señala que también existe doctrina contraria (refiriéndose a Demolombe), según la cual la compraventa no quedaría sin efecto por el mutuo disenso, ya que la transferencia de la propiedad inmueble se perfecciona por el nacimiento de la sola obligación de enajenar (argumento del artículo 949 del Código Civil peruano de 1984), esto es, por el simple consentimiento y, por lo mismo, se dice, se requiere otra venta del comprador al vendedor, que no producirá efectos retroactivos, sobre todo en daño de terceros.

Sobre este punto, Castañeda comenta que como en nuestra legislación la compraventa de bienes muebles no es traslativa del derecho de propiedad, ya que éste sólo se adquiere por el comprador cuando le hubieren sido entregados, es evidente que el contrato puede ser materia de un mutuo disenso, o sea, quedar sin efecto si el vendedor aún no ha cumplido con abonar el precio.

Para finalizar este punto, señalaremos que el mutuo disenso se celebra por voluntad de las partes y —como regla— no requiere de pronunciamiento judicial para que produzca efectos jurídicos, es decir, para que se perfeccione. Por medio del consentimiento se deja sin efecto lo que hizo el propio consentimiento; esta extinción tiene fuerza obligatoria. Esto es lo que también se conoce en doctrina como consenso contrario o *contrarius consensus*, y no es más que un contrato para disolver un contrato anterior. Se podría decir que se trata de un contrato liberatorio, ya que no crea, sino que extingue obligaciones. Como ha sido visto, la excepción está constituida por el mutuo disenso como causal de separación de cuerpos y eventual ulterior divorcio, en Derecho de Familia, área en la cual sí se requiere la aprobación judicial del mutuo disenso para que sea eficaz.

Hay autores que describen al mutuo disenso (por sus efectos y su origen consensual) como una condonación recíproca y correlativa, puesto que cada parte

2676 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 381.

Además, al haber manifestado que el mutuo disenso, en materia contractual, sólo se refiere a los contratos celebrados a título oneroso, y por las mismas razones que descartamos a los contratos celebrados a título gratuito de su ámbito de aplicación, creemos que si en un contrato a título oneroso una de las partes ya hubiera ejecutado la integridad de sus prestaciones, en tanto la otra todavía tuviera que ejecutar una fracción o alguna de ellas, la situación sería muy similar a la de un contrato celebrado a título gratuito y si, en ese estado de cosas, las partes llegaran a un acuerdo para dejar sin efecto el acto celebrado, nos encontraríamos en similar situación que aquélla que nos hacía ver como casi imperceptible la línea divisoria existente entre el mutuo disenso y la condonación.

Citando a Ángel Gustavo Cornejo, José León Barandiarán y Giorgio Giorgi, Castañeda[2676] afirma que el mutuo disenso es eficaz para extinguir las obligaciones que nacen de la compraventa, antes de que se hubiere cumplido con entregar la cosa y pagar el precio, o las que emerjan de un contrato de locación, de sociedad, etcétera. Pero señala que también existe doctrina contraria (refiriéndose a Demolombe), según la cual la compraventa no quedaría sin efecto por el mutuo disenso, ya que la transferencia de la propiedad inmueble se perfecciona por el nacimiento de la sola obligación de enajenar (argumento del artículo 949 del Código Civil peruano de 1984), esto es, por el simple consentimiento y, por lo mismo, se dice, se requiere otra venta del comprador al vendedor, que no producirá efectos retroactivos, sobre todo en daño de terceros.

Sobre este punto, Castañeda comenta que como en nuestra legislación la compraventa de bienes muebles no es traslativa del derecho de propiedad, ya que éste sólo se adquiere por el comprador cuando le hubieren sido entregados, es evidente que el contrato puede ser materia de un mutuo disenso, o sea, quedar sin efecto si el vendedor aún no ha cumplido con abonar el precio.

Para finalizar este punto, señalaremos que el mutuo disenso se celebra por voluntad de las partes y —como regla— no requiere de pronunciamiento judicial para que produzca efectos jurídicos, es decir, para que se perfeccione. Por medio del consentimiento se deja sin efecto lo que hizo el propio consentimiento; esta extinción tiene fuerza obligatoria. Esto es lo que también se conoce en doctrina como consenso contrario o *contrarius consensus*, y no es más que un contrato para disolver un contrato anterior. Se podría decir que se trata de un contrato liberatorio, ya que no crea, sino que extingue obligaciones. Como ha sido visto, la excepción está constituida por el mutuo disenso como causal de separación de cuerpos y eventual ulterior divorcio, en Derecho de Familia, área en la cual sí se requiere la aprobación judicial del mutuo disenso para que sea eficaz.

Hay autores que describen al mutuo disenso (por sus efectos y su origen consensual) como una condonación recíproca y correlativa, puesto que cada parte

2676 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, p. 381.

contrario al que dio nacimiento al contrato, constituirá siempre una excepción irresistible, opuesta que fuera a la demanda de cumplimiento de aquél?.

Castañeda[2681] expresa que la ley no exige para el perfeccionamiento del mutuo disenso que se cumpla con alguna formalidad, ni aun cuando el contrato que se deja sin efecto se hubiere perfeccionado por escritura pública. Sin embargo, es evidente que debe llenarse la misma formalidad observada en el contrato que se rescilia, ya que, si con posterioridad al mutuo disenso quien aparece con derecho en el contrato resciliado otorgó cualquier derecho a un tercero, no podría oponérsele a éste el mutuo disenso si constare en instrumento privado.

Asimismo —dice Castañeda—, si habiéndose resciliado un contrato de compraventa de un inmueble que se inscribió en el Registro de la Propiedad, se omitió inscribir dicha resciliación y el comprador, procediendo de mala fe, transfirió, a título oneroso, dicho inmueble a un extraño, quien cumplió con inscribir, no obstante que el mutuo disenso constare en escritura pública, el derecho de propiedad adquirido por el tercero es inimpugnable, por aplicación del artículo 1052 del Código Civil (el autor se refiere al de 1936), solución que se produciría a pesar de que la transferencia operó después de que la venta hubiera sido resciliada, por lo que el comprador había dejado de ser propietario.

Agrega Castañeda que la resciliación extendida en documento privado es, no obstante lo expresado, válida, porque la ley no establece ninguna formalidad especial. Sin embargo, ella producirá efectos entre las partes.

Ni el Código vigente, ni el derogado Código de 1936, le señalan a la figura una forma definitiva, o una forma solemne para su perfeccionamiento, ni para su validez, por lo cual no estaría, en principio, sujeta a formalidad alguna. No obstante lo cual, la opinión que predomina en la doctrina indica que, cuando la ley exige solemnidad para el contrato que se quiere extinguir, la misma formalidad debe seguirse para su resolución, extinción o mutuo disenso. De esta manera si, por ejemplo, el contrato hubiera sido inscrito en los Registros Públicos, será necesario que su extinción se inscriba ahí, principalmente a fin de que sea conocida por todos.

En ese sentido se ha pronunciado la Casación n.° 975-98-Lambayeque, de fecha 11 de noviembre de 1998, «La forma del mutuo disenso. *Cuarto*. La revocación de la donación por mutuo acuerdo importa la resolución, y debe hacerse en la misma forma, bajo sanción de nulidad establecida en el artículo 1625 que regula la donación».[2682]

Encontramos una situación similar en la Casación n.° 4486-2017-Tacna, de fecha 12 de julio de 2018, «*Décimo Quinto*.- Ahora, si bien el recurrente denuncia

2681 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 388 y 389.

2682 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 967. [Texto correspondiente a la tercera edición]

condona la obligación activa de que es titular. Pero no lo confunden con un contrato gratuito, pues la condonación en esta analogía tiene como contrapartida la condonación que, a su vez, realiza la otra parte.

El mutuo disenso, para su validez, debe reunir los requisitos generales que exige la ley peruana. Si el contrato original fuera nulo, no produciría efecto alguno y, por consiguiente, el mutuo disenso destinado a resolverlo carecería de objeto.

Si el mutuo disenso versara sobre bienes inmuebles, sería un acto susceptible de ser inscrito en el Registro respectivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2019 del Código Civil.

Como recuerda la Comisión Revisora del Código Civil de 1984[2677], el artículo 162, tercer párrafo, del Código Civil regula un supuesto específico de mutuo disenso, en cuanto establece que el representante fingido y quien contrate con él pueden resolver el contrato antes de su ratificación por el interesado.

2.5. La formalidad del mutuo disenso

El mutuo disenso es un acto típico que, en sede de obligaciones y contratos, es de carácter consensual.

La Comisión Revisora del Código Civil[2678] expresa, en criterio que no compartimos, que el mutuo disenso ni siquiera debe ser formal en el caso de que deje sin efecto un contrato sujeto a formalidad *ad solemnitatem*. Señalan que en esta materia el legislador se aparta de la opinión de Francesco Messineo, quien expresa que el mutuo disenso debe revestir igual forma que el contrato originario[2679], y de Raymundo Salvat[2680].

Según la Comisión Revisora del Código Civil, el legislador peruano hace suyo el planteamiento de Sánchez Román, que José León Barandiarán recoge en su obra *Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones*, tomo II, página 582, quien a la letra expone:

> Ella sola, sin el consentimiento, ni se concibe ni existe, además de que está exigida como formalidad de la perfección, no lo está como solemnidad de la disolución del contrato; y sabido es que todos los requisitos de carácter formal no se suplen por interpretación extensiva si la ley no lo establece expresamente. Por otra parte, se pregunta Sánchez Román, ¿cómo sería posible desconocer que el mutuo disenso o acuerdo de voluntades en

2677 Bigio Chrem, Jack. *Comisión Revisora del Código Civil*. Lima: Comisión Revisora del Código Civil, 1998, p. 7.

2678 *Idem*.

2679 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato Op. cit.*, tomo II, p. 334.

2680 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 256.

Finalizamos distinguiendo nuevamente, en lo que al mutuo disenso se refiere, acerca de si este acto se circunscribe al ámbito patrimonial o si hablamos del mutuo disenso en Derecho de Familia; ello, para referirnos a la formalidad que de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano debe revestir el mutuo disenso entre cónyuges.

En lo que respecta a esa formalidad, tal como ha sido dicho oportunamente, ella se realiza a través de un proceso judicial, que se encuentra regulado por el Código Procesal Civil. En el Código Civil la separación de cuerpos es tratada por los artículos 332 y siguientes, y el divorcio por los artículos 348 y siguientes. Como sabemos, se puede llegar a una separación de cuerpos o al divorcio por efectos del mutuo disenso, ahora llamado separación convencional, en virtud de las modificaciones introducidas al Código Civil por el Código Procesal Civil en 1993.

2.6. Carácter no retroactivo del mutuo disenso

En términos generales, podemos empezar señalando que, a diferencia del mutuo disenso en Derecho de Familia, cuyo carácter no retroactivo es absoluto, en Derecho de Obligaciones la irretroactividad puede ser relativizada por las propias partes, quienes en función de la autonomía de la voluntad pueden convenir en que sus efectos se produzcan desde el momento de la formación de la relación jurídica (es decir, desde la celebración del acto jurídico que se desea extinguir), pero sin perjudicar los derechos de terceros. Sin embargo, se trata de algo excepcional, ya que, de no mediar acuerdo de partes en este punto concreto, el mutuo disenso opera hacia el futuro.

La Comisión Revisora del Código Civil[2684], al abordar este tema, señala que los Mazeaud sostienen que el mutuo disenso no produce efecto retroactivo, ya que la voluntad de las partes sería impotente para crearla y en razón de que el sistema del doble contrato garantiza la seguridad de los actos jurídicos[2685].

Agrega la citada Comisión que Vélez Sarsfield, en las notas que como codificador efectúa al artículo 1200 del Código Civil argentino, expresa lo siguiente:

> Nada hay más inexacto que decir, como dice el artículo 1134 del Código francés, que las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, o por causas que la ley autorice. Revocar un contrato significaría en términos jurídicos aniquilarlo retroactivamente, de modo que se juzgase que nunca había sido hecho; y ciertamente que el consentimiento de las partes no puede producir este resultado. Las partes pueden extinguir las obligaciones creadas o retirar los derechos reales que hubieren transferido, mas no pueden hacer que esas obligaciones y esos derechos no hubiesen existido con todos sus efectos.

2684 Bigio Chrem, Jack. *Op. cit.*, pp. 7 y 8.

2685 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, volumen III, pp. 10 y 11.

como causal casatoria el artículo 1313 del Código Civil, argumentando que el contrato de mutuo disenso se perfecciona con el consentimiento de los otorgantes. Esta Sala Suprema, respecto a este extremo debe señalar que, no cuestiona la validez del contrato de mutuo disenso presentado por el casante, pues bajo el principio "pacta sunt servanda" dicho contrato es ley entre las partes, sino que este documento no puede enervar el requisito de formalidad establecido en el artículo 1413 del mismo cuerpo legal, el cual es de obligatorio cumplimiento a fin de dejar sin efecto un acto de desprendimiento como es la donación; además, este contrato como se ha referido líneas arriba, en su quinta cláusula se estableció de manera expresa que el impugnante renuncia al derecho de reversión, con lo cual está dejando por sentado que es su voluntad no imponer carga alguna al donatario, respecto del objeto materia de donación, como es el inmueble ubicado en la Mz "A" de la Urbanización Villa Santa Catalina. Por lo que la denuncia descrita en los literales "c" y "e" no son atendibles».[2683]

Hemos dicho que en esta materia discrepamos de las apreciaciones de la Comisión Revisora del Código Civil, por cuanto el mutuo disenso, más allá de ser un medio extintivo de la eficacia de los actos jurídicos (condición con la que está regulado en el Código Civil peruano), cuando versa sobre materia exclusivamente patrimonial, es un contrato, ya que se ajusta al artículo 1351 del propio Código, al ser un acuerdo de dos o más partes destinado a extinguir una relación jurídica patrimonial.

El artículo 1413 del Código Civil, por su parte, prescribe que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato. Resulta evidente que este artículo es incompleto, ya que los contratos no sólo pueden ser modificados por otros contratos posteriores, sino también regulados o extinguidos, según la lógica que imponen los artículos 1351 y siguientes del Código Civil.

Así, si se tratara de la modificación de un contrato, es evidente que el tema de la formalidad estaría regulado explícitamente.

Pero, si estuviésemos ante un contrato extintivo (caso del mutuo disenso en materia netamente patrimonial), tendríamos que aplicar por analogía el citado artículo 1413 del Código Civil, pues resulta ostensible que si para sólo modificar un contrato anterior se exige el cumplimiento de la misma formalidad, con mayor razón deberá exigirse tal formalidad para su extinción, entendiéndose que la extinción es el grado máximo de modificación de una relación contractual, al extremo de que se decide variarla tan radicalmente que llega a extinguir sus efectos.

2683 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 398. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-4486-2017-Tacna-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

resolución judicial de la sala de familia de la corte superior respectiva que apruebe la separación convencional o por mutuo disenso.

La excepción a este criterio, lo reiteramos, es el propio acuerdo de las partes en convenir libremente retrotraer sus efectos para que opere *ex tunc* y no *ex nunc*, siempre y cuando no se perjudique a terceros. De lo contrario, el mutuo disenso obra sólo para el futuro.

En materia jurisprudencial, observamos el caso que fue materia de análisis en la Casación n.º 384-2018-Arequipa, de fecha 21 de marzo de 2019, «*Décimo*.- Cabe señalar que, el mutuo disenso celebrado entre la parte demandante y María Elena Zegarra Inga y Paola Milena Espinoza Zegarra, respecto de la venta señalada, tiene efectos hacia el futuro y no retroactivamente, más si se ha de perjudicar a tercero, es decir a la demandada Anne Ivonne Salas Tapia. En efecto, el mutuo disenso es una forma de extinguir una obligación, "en Derecho de Obligaciones la irretroactividad puede ser relativizada por las propias partes, quienes en función de la autonomía de la voluntad pueden convenir en que sus efectos se produzcan desde el momento de la formación de la relación jurídica (es decir, desde la celebración del acto jurídico que se desea extinguir), pero sin perjudicar los derechos de terceros. Sin embargo, se trata de algo excepcional, ya que de no mediar acuerdo de partes en este punto concreto, el mutuo disenso opera hacia el futuro". Al ser ello así, la parte demandante hoy recurrente recupera su situación jurídica de copropietaria, sin significar que tenga derecho al retracto que demanda; precisamente, la resolución impugnada correctamente establece que *"no pasa por alto a este Colegiado lo señalado por el A Quo en el sentido que con el mutuo disenso celebrado por la demandante se pretende perjudicar el derecho de la parte demandada, toda vez que al momento de su celebración (veintiséis de agosto del dos mil catorce) la parte demandante que intervino en el mutuo disenso, sabía que se encontraba en curso el presente proceso; siendo así carece de fundamento el alegar que el mutuo disenso no causa perjuicio, toda vez que ha sido desvirtuado del análisis efectuado en la sentencia que es materia de grado"*».[2687]

2.7. La ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica el derecho de tercero

El artículo 1313 del Código Civil peruano establece en su parte final que el mutuo disenso se tiene por no efectuado cuando perjudicare el derecho de un tercero. Esta especificación, destinada a proteger al tercero que adquirió derechos de una de las partes con anterioridad al mutuo disenso, consagra una vez más la doctrina de los derechos adquiridos, los que no pueden verse afectados por decisiones privadas.

2687 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 398. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/03/Casacion-384-2018-Arequipa-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

La Comisión Revisora también recuerda el parecer de Messineo, quien señala que: «La eficacia del mutuo disenso comienza a correr *ex nunc*, por consiguiente, si se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, el mutuo disenso no perjudica lo que ya ha sido materia de ejecución»[2686].

Según la Comisión Revisora del Código Civil de 1984, el legislador se basó en estas razones para no establecer la retroactividad del mutuo disenso, como sí lo hace respecto a la nulidad, la anulabilidad y la rescisión de los contratos, casos en que el Código Civil expresamente consagra tal retroactividad.

Esta solución, a nuestro juicio, es correcta, porque obedeciendo el mutuo disenso a una causa posterior a la celebración del acto jurídico (el acuerdo de partes), sería erróneo y hasta peligroso que el legislador determine la retroactividad de sus efectos. Sin embargo, nada obsta para que en la práctica las partes convengan en retrotraerlos, sin perjuicio, tal como lo hemos expresado, del derecho de terceros.

Por otra parte, como quiera que por el mutuo disenso se extinguen las obligaciones creadas por las partes con anterioridad, es consecuencia lógica —en los contratos que no son de ejecución continuada o periódica— que éstas deban restituirse recíprocamente las prestaciones que ya se hubiesen cumplido.

Por ejemplo, cuando estamos en presencia de contratos con efectos traslativos, al resolverse el contrato por mutuo disenso en forma automática queda sin efecto el título de adquisición del adquirente.

Supongamos que Hugo vende a Eduardo una cámara de video y se la entrega físicamente acto seguido de la celebración del contrato. Por su parte, Eduardo se compromete a pagar su precio en diez cuotas mensuales. Sin embargo, antes de que Eduardo haya pagado la cuarta cuota, ambas partes acuerdan el mutuo disenso. Evidentemente, Hugo tendrá que devolver a Eduardo la parte que ya ha recibido del precio (a saber, las tres primeras cuotas), y éste deberá restituir a Hugo la posesión del bien. ¿Qué ocurre jurídicamente en este supuesto? Pues que Hugo reasume la calidad de propietario, aunque no sea poseedor de la cámara de video; esto, desde el momento en que se convenga en el mutuo disenso. A su vez, Eduardo adquiriría la condición jurídica de poseedor precario, debido a que su título de adquisición se extinguió en virtud del mutuo disenso, hasta que la restituya a Hugo.

En suma, concluimos manifestando que, en términos generales, el mutuo disenso no tiene efectos retroactivos en la medida en que hace cesar los efectos del acto celebrado anteriormente desde el instante en que es eficaz, lo que en materia de Derecho patrimonial se producirá inmediatamente después de su celebración; y en sede de Derecho de Familia, cuando quede consentida y ejecutoriada la

2686 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato. Op. cit.*, tomo II, p. 335.

Sería el caso de una compraventa entre María y Rosa, por medio de la cual ésta transfiere la propiedad de un inmueble a María, quien se obliga a pagar el precio a plazos. Si María recibe una cantidad de dinero de Pedro en virtud de un contrato de mutuo, constituyendo como garantía en favor de Pedro una hipoteca sobre el inmueble, y posteriormente ella y Rosa pactan el mutuo disenso respecto de la compraventa del citado inmueble, este acuerdo no perjudicaría a Pedro. Él recibiría el pago de María y, adicionalmente, conserva la acción real hipotecaria contra el inmueble, ahora nuevamente propiedad de Rosa.

En suma, el mutuo disenso únicamente puede producir efectos para el futuro y no hacia el pasado. No opera, en principio, retroactivamente. La razón, como hemos explicado, es el eventual perjuicio a terceros. Por ello, si el contrato o la relación jurídica fueron resueltos en virtud del mutuo disenso, los derechos constituidos sobre el bien materia de dicho contrato en el lapso que transcurre entre su celebración y el mutuo disenso subsisten, debido a que la voluntad privada de las partes no es soberana si atenta contra los derechos de terceros.

Ésta constituye, como sabemos, la única limitación al ejercicio del libre albedrío. Los derechos adquiridos por terceros son la frontera que no puede cruzar la autonomía de la voluntad. Empero, esto no quiere decir que en ningún caso el mutuo disenso puede ser retroactivo, ya que, de no existir esta barrera, de no haber terceros que pudieran salir afectados, entonces nada impediría a las partes convenir en que los efectos se retrotraigan hacia el pasado.

Finalmente, debemos precisar que resulta indiferente que el tercero haya adquirido su derecho a título gratuito u oneroso. Sea cual fuere la forma de adquisición, su derecho está amparado, ya que el legislador consideró, siguiendo el criterio del profesor León Barandiarán, que la seguridad de los actos jurídicos justifica la solución adoptada.

La acción de ineficacia del mutuo disenso que promueva el tercero opera de manera distinta a la acción de ineficacia regulada por el artículo 195 del Código Civil, la cual exige, en el caso de los actos a título oneroso, que haya habido dolo de las partes, es decir, acuerdo a fin de causar un perjuicio al derecho del tercero acreedor. En el mutuo disenso resulta irrelevante la mala fe o el dolo, ya que haya habido o no el *consilium fraudis*, el mutuo disenso no puede oponerse al tercero. Como ya hemos explicado, sólo se requiere que el tercero sea perjudicado para que pueda interponer la respectiva acción de ineficacia.

Vemos, pues, que estamos ante una norma de carácter objetivo, en la que la intencionalidad subjetiva de las partes no entra a tallar. Lo único que cuenta es la verificación de los factores de índole objetivo, como, en primer lugar, si el mutuo disenso resulta perjudicial al tercero, y luego constatar si la totalidad de los actos jurídicos se han realizado fuera de la protección del Registro, si el derecho del tercero proviene de la ley, si dicho tercero ha inscrito su derecho adquirido en el lapso comprendido entre la celebración del contrato original y la concertación del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Siendo éste un principio básico que se encuentra inmerso en nuestro sistema, pudiera parecer una suerte de redundancia plasmarlo en la norma positiva, y ciertamente lo es, en términos de rigor conceptual, pero consideramos que no siempre el exceso constituye un pecado, particularmente cuando se trata de resguardar los derechos adquiridos, que es una de las formas de proporcionar seguridad jurídica.

En cuanto al concepto de tercero, Díez-Picazo ensaya una definición bastante simple pero contundente: «En puro Derecho Civil, como se ha dicho alguna vez, con frase gráfica, tercero es el que no es segundo ni primero. Puesto que toda relación o negocio jurídico supone la existencia de dos partes, tercero es el que resulta extraño a tal relación o a tal negocio»[2688].

Entonces, no obstante que las partes que integran una relación jurídica obligacional son absolutamente libres para optar por el mutuo disenso; éste no es eficaz si perjudica a un tercero.

Resulta de interés destacar la opinión de José León Barandiarán[2689]:

> El mutuo disenso se considerará como no producido en cuanto perjudique derecho de tercero. En efecto, los derechos adquiridos *medio tempore* por terceros no tienen por qué afectarse; para el tercero el nuevo convenio que pone fin al anterior por el cual se transfirió un derecho, que a su vez fue transmitido al tercero, es *res inter alios acta*. La seguridad de los negocios jurídicos justifica sin vacilar la solución legal.

Un ejemplo de este acertado criterio lo constituye el derecho de retracto que surge como consecuencia de una venta. El mutuo disenso, eventualmente acordado por el vendedor y el comprador, no altera ni perjudica la situación del tercero que adquiere la facultad de retraer, ya que su derecho emana de la ley (artículo 1592 del Código Civil) y, por lo tanto, no requiere que previamente se encuentre inscrito para ser oponible.

Podría ocurrir, sin embargo, que a pesar de la existencia de un tercero que hubiera adquirido derechos de una de las partes, el mutuo disenso celebrado entre éstas no lo perjudicara. En estos casos, el tercero no tendría interés alguno en alegar la ineficacia del mutuo disenso y, de hecho, si lo hiciera, al no poder probar el daño, no procedería la acción. El artículo 1313 es claro al mencionar que debe haber un perjuicio para el tercero. Es decir, no basta que exista un mutuo disenso y un tercero con derechos adquiridos de una de las partes, sino que debe haber un daño para este tercero como consecuencia de la extinción de la relación jurídica (artículo 1313 *in fine*: «Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado»).

2688 Díez-Picazo, Luis. *Op. cit.*, volumen II, p. 373.

2689 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 584.

excepciones al principio de que unilateralmente no puede deshacerse el contrato bilateral, la locación-conducción por tiempo indeterminado, en la que el locador o dueño puede poner término al contrato mediante el aviso de despedida; y el contrato de sociedad en que su duración se pactó por tiempo ilimitado, en el cual el socio puede pedir la disolución, siempre que no proceda de mala fe ni intempestivamente.

Sin duda, el tema planteado por Jorge Eugenio Castañeda respecto a que la resolución unilateral de un contrato celebrado a plazo indeterminado pueda ser considerada como un mutuo disenso, resulta original, pero a su vez cuestionable.

Cuando se celebra un contrato a plazo indeterminado, en virtud de los principios generales establecidos en el Derecho Civil peruano, ello no significa que ese contrato sea o deba ser «eterno». Las partes, sin lugar a dudas, no estarán obligadas a permanecer ligadas para siempre en virtud de dicha relación contractual. La indeterminación convenida por ellas implica que ambas están de acuerdo (por anticipado) en que el plazo del contrato pueda culminar en el momento en el que cualquiera comunique a la otra su voluntad de apartarse, o, dicho en otras palabras, de extinguir la relación contractual.

Pero esta situación no significa que cuando una de las partes haga uso de ese derecho, nos encontremos ante una figura asimilable al mutuo disenso, pues éste implica que cuando se deja sin efecto el contrato, ambas partes están de acuerdo en ello. Podría ocurrir que cuando se resuelve unilateralmente el contrato, convenga esta resolución a los intereses de aquel que ejerció su derecho, pero no que suceda lo mismo respecto a su contraparte (vale decir, que ésta no se encuentre conforme, satisfecha o de acuerdo con dicha resolución). Sin embargo, tal disconformidad será irrelevante, pues al tratarse de un contrato a plazo indeterminado, éste puede ser resuelto de manera unilateral.

Por último, en el caso analizado, el derecho a resolver unilateralmente un contrato convenido a plazo indeterminado nace de la voluntad de las partes, pero en el ejercicio de un precepto legal.

2.9. Diferencias y semejanzas entre el mutuo disenso y otras figuras

2.9.1. Mutuo disenso y nulidad

El mutuo disenso se distingue de manera muy nítida de la nulidad de los actos jurídicos.

En primer lugar, debe quedar claro que el mutuo disenso requiere del concurso de ambas partes contratantes, vale decir, que es de carácter consensual; en tanto que la invocación de nulidad de un acto jurídico *debe ser declarada por los tribunales de justicia y no puede derivarse de un acuerdo entre las partes sino de un proceso judicial (o arbitral, si fuese el caso), tras haber sido demandada*

ESTUDIO MANUEL OLAECHEA

mutuo disenso de éste (es decir, *medio tempore*), si ha habido tradición al tratarse de bienes muebles, etcétera.

En materia jurisprudencial observamos lo dispuesto en la Casación n.º 1484-2016-Ayacucho, de fecha 1 de agosto de 2017, en donde se estableció que una escritura pública de mutuo disenso era nula pues no se había permitido participar a heredera del causante, «6.7. En el presente caso, la Escritura Pública de Mutuo Disenso de Aclaración de Compraventa, de fecha veintisiete de junio de dos mil catorce, obrante a fojas seiscientos veintiséis del expediente principal, fue suscrita mucho tiempo después al día en que se firmó la primera Escritura Pública de Aclaración, esto es, el veintisiete de agosto de dos mil cinco y estando que, al no haber sido objeto de cuestionamiento en el recurso de casación, nos queda claro que el acto jurídico del veintisiete de agosto de dos mil cinco, tantas veces mencionado se encuentra inmerso en un vicio de nulidad al no permitirse la participación de la señora Ynés Rojas Castañeda quien también fue reconocida como legítima heredera de la señora Celedonia Castañeda Calderón, fallecida el nueve de agosto de mil novecientos sesenta, tal y como se observa en la sentencia mencionada en el considerando 6.2, la misma que fue de entero conocimiento de la hoy codemandada Isabel Rojas Viuda de Aparicio el día trece de julio de dos mil cinco según lo vertido en el considerando 6.3 de la presente sentencia».[2690]

2.8. Excepciones al carácter bilateral del mutuo disenso

El profesor Castañeda[2691] considera que nadie, en forma unilateral, puede desligarse de un contrato sinalagmático, ya que siempre se requiere el consentimiento del otro contratante. Una excepción a este principio —según el propio Castañeda— la encontramos en el contrato de locación de obra a destajo en que el artículo 1562 del Código Civil de 1936 determinaba que: «El dueño de una obra a destajo puede separarse del contrato, pagando al empresario su trabajo y gastos, y lo que justamente podría utilizar»*; en el Código Civil de 1984, encontramos la estipulación en el artículo 1786, «El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida».*[2692]

Estima Castañeda que en esta hipótesis legal no es necesario contar con el consentimiento del empresario. El contrato se acaba por voluntad del propietario de la obra. Para el citado profesor sanmarquino constituyen también

2690 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 398. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-1484-2016-Ayacucho-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

2691 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo III, pp. 383-385.

2692 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2.9.3. Mutuo disenso y rescisión

La rescisión es una figura contemplada por el Código Civil peruano de manera general en sus artículos 1370 y 1372.

La ley peruana establece contados supuestos en los cuales puede rescindirse un contrato, siendo, de manera central, el caso de la venta de bien total o parcialmente ajeno (artículos 1539 y 1540, respectivamente), la compraventa sobre medida (artículo 1575) y la lesión (artículos 1447 a 1456). Como ha sido señalado en diversas ocasiones, la ley peruana no prescribe ninguna causa para que se pacte el mutuo disenso, lo que equivale a decir que dicho acto se puede celebrar sin que exista causa legal alguna de por medio.

Cuando se rescinde un contrato, ello tiene que producirse necesariamente a través de una resolución judicial[2694]. No cabe la rescisión extrajudicial. En cambio, el mutuo disenso en la esfera contractual es por naturaleza extrajudicial.

Cuando se declara rescindido un contrato, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de su celebración (dado que cuando nos encontramos en presencia de la rescisión, hablamos necesariamente de un vicio de origen). En cambio, el mutuo disenso no tiene efectos retroactivos.

Sin embargo, las figuras jurídicas se asemejan en cuanto a que, luego de rescindido un contrato o acordado un mutuo disenso sobre un acto jurídico, ambos habrán perdido eficacia.

2.9.4. Mutuo disenso y resolución

La resolución consagra sus normas generales en los artículos 1370 y 1372 del Código Civil. Ella puede ser de carácter judicial o extrajudicial, tal como lo establecen los artículos 1428, 1429 y 1430 del propio Código. Por su parte, el mutuo disenso tiene carácter extrajudicial.

La resolución se basa fundamentalmente en el incumplimiento de una de las partes respecto a las prestaciones que se había obligado a ejecutar en el contrato celebrado, existiendo, además, otros supuestos representativos de resolución, tales como los derivados de la excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1440 a 1446), el saneamiento por evicción (artículos 1491 y siguientes), y el saneamiento por vicios ocultos (artículo 1503 y siguientes), entre otros. El mutuo disenso, en cambio, no requiere la existencia de causa legal alguna para que las partes convengan en él.

La resolución, por lo general, se concibe como unilateral en la medida en que una de las partes de una relación contractual no se encuentra conforme con

2694 Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.
[...].

por una de las partes, precisamente por aquella que ve afectados sus intereses con la existencia del acto nulo[2693].

En segundo término, para que un acto sea declarado nulo, a pesar de que ambas partes convengan en ello, requerirán acudir a los tribunales de justicia, para que ellos declaren tal nulidad. La nulidad nunca es extrajudicial. En lo que respecta al mutuo disenso de obligaciones contractuales, éste, según ha sido visto, tiene carácter extrajudicial.

En tercer lugar, cuando un acto se declara nulo, los efectos de la nulidad se retrotraen al momento de su celebración, pues la nulidad se deriva de un vicio de origen existente al momento en que se celebró dicho acto; además, las consecuencias de la nulidad son la invalidez o invalidación del acto celebrado. En cambio, los efectos del mutuo disenso no son retroactivos y tienen por única finalidad hacer cesar la eficacia del acto celebrado, dejando intacta su validez.

Finalmente, para que se declare la nulidad de un acto jurídico, será necesaria la presencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil. En cambio, para que las partes acuerden el mutuo disenso, ni siquiera requieren expresión de causa.

2.9.2. Mutuo disenso y anulabilidad

La anulabilidad de un acto jurídico se declara judicialmente, en tanto que el mutuo disenso es extrajudicial.

Por otra parte, un acto anulable es aquel de validez actual, pero de invalidez pendiente. Esto significa que podría darse el caso de que nunca se llegara a anular, más aún, teniendo en cuenta el breve plazo prescriptorio que para la anulación de los actos jurídicos contempla el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil peruano (dos años). Si un acto se llega a anular, los efectos de su anulación serán los mismos que los de la nulidad, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 222 del Código Civil. Sin embargo, como se sabe, los efectos del mutuo disenso no son de carácter retroactivo.

Para declarar la anulación de un acto jurídico, debe recurrirse necesariamente a los tribunales de justicia, mientras que el mutuo disenso en el ámbito contractual es de carácter extrajudicial.

Finalmente, la ley (artículo 221 del Código Civil) establece las causales de anulación de un acto jurídico. En cambio, no existe una regulación taxativa respecto de las razones por las cuales las partes pueden dejar sin efecto un acto jurídico por mutuo disenso. Ellas pueden ser de la más variada índole, u obedecen, incluso, al simple capricho de las partes.

2693 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

un medio creativo, regulador o modificatorio de éstas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil peruano. Este carácter eventualmente creador de obligaciones que puede revestir la transacción no es compartido por el mutuo disenso, ya que a través de esta figura únicamente se extinguen los efectos de un acto jurídico preexistente. Con el mutuo disenso no se deja subsistir obligación o deber alguno, en tanto que con la transacción puede que ello ocurra.

No está demás decir que la transacción sólo puede versar sobre derechos de carácter patrimonial (argumento del artículo 1305 del Código Civil peruano), en tanto que el mutuo disenso puede recaer tanto sobre actos de carácter netamente patrimonial como sobre otros que fundamentalmente tengan naturaleza distinta, como es el caso del matrimonio.

2.9.8. Mutuo disenso y condonación

La condonación es un medio extintivo de obligaciones a través del cual deudor y acreedor se ponen de acuerdo para dejar sin efecto una obligación, a título gratuito, sin que ella se ejecute. Por el mutuo disenso las partes (cada una de las cuales es acreedora de una obligación y deudora de otra) convienen en que el acto que han celebrado quede sin efecto. Por lo demás, la condonación sólo tiene efectos dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos, en tanto el mutuo disenso extiende su ámbito de acción a otras áreas del Derecho, dentro de las cuales se encuentra el de Familia.

2.10. Eventual extinción del mutuo disenso

Uno de los temas susceptibles de plantear interrogantes es el relativo a lo que ocurriría en caso de que las partes que han dejado sin efecto un acto jurídico por mutuo disenso, con posterioridad a su celebración, concertaran otro mutuo disenso, dejando sin efecto el primero.

Este segundo mutuo disenso, por lo tanto, tendría por objeto dejar sin efecto el primero. Siendo esto así, lo que cabría preguntarse es si revivirían los efectos del acto jurídico original, o si ellos se mantendrían extinguidos.

Es claro, en opinión nuestra, que no existe razón jurídica alguna para considerar impracticable este segundo mutuo disenso. Nada obsta a que las partes que han extinguido una relación jurídica obligatoria, por considerarlo conveniente para sus intereses, la revivan, con lo que el acto original recobraría sus efectos al devenir en ineficaz el primer mutuo disenso. Evidentemente, la autonomía de la voluntad, que comprende la libertad de contratar y la libertad contractual, faculta tanto para contratar como para modificar, extinguir, cambiar de opinión y volver a dar vida a cualquier relación obligacional.

Si las mismas partes pueden contratar entre sí tantas veces como deseen a lo largo de sus vidas, sin afectar a terceros en sus convenios, ¿por qué podrían estar impedidas de ejercitar su autonomía para extinguir un mutuo disenso? No

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte o exista alguna otra causal que la motive. En los contratos que las partes dejan sin efecto recurriendo al mutuo disenso, la naturaleza de este acto es diferente.

De otro lado, cuando se resuelve un contrato de manera judicial o extrajudicial, los efectos de dicha resolución se retrotraen al momento en que se produjo la causal que la motivó. El mutuo disenso no tiene efectos retroactivos.

Finalmente, debemos convenir —en lo que a similitudes respecta— que, tanto a través de la resolución de un contrato como de un mutuo disenso, lo que se busca es que el mismo sea ineficaz.

2.9.5. Mutuo disenso y pago

El pago es el medio extintivo de obligaciones idóneo por excelencia, ya que implica la ejecución de la prestación debida de acuerdo a los principios de identidad, integridad y oportunidad. Una vez efectuado el pago se extingue la obligación, pero por cumplimiento, a diferencia del mutuo disenso, en donde se deja sin efecto un acto jurídico (que puede contener diversas obligaciones pendientes de cumplimiento). Si se tratara de obligaciones que se dejan sin efecto, eso significa que éstas se extinguen, pero no porque haya habido pago o ejecución, sino porque las partes acordaron que convenía a sus intereses no ejecutarlas.

2.9.6. Mutuo disenso y novación

Guillermo Ospina[2695] señala que, en la novación, si bien es cierto que se pacta la extinción de una obligación, simultáneamente se crea otra que la reemplaza.

Ello es cierto, ya que la novación implica necesariamente extinguir una obligación primigenia y crear otra que la sustituye. En cambio, el mutuo disenso importa extinguir, en el caso de obligaciones, las pendientes de cumplimiento, dejándolas sin efecto alguno y no reemplazándolas por ninguna otra.

2.9.7. Mutuo disenso y transacción

Ospina[2696] enseña que en la transacción las partes convienen en sacrificar recíprocamente parte de sus intereses controvertidos, lo que puede envolver la extinción de alguno o algunos de sus derechos; mas su intención no es pura y simplemente ésta, sino la de compensar ese sacrificio con ventajas que estimen equivalentes, siquiera sea la de consolidar situaciones y derechos que, por consiguiente, dejan de ser litigiosos.

Como sabemos, la transacción, además de ser un medio extintivo de obligaciones en el que las partes se hacen concesiones recíprocas, puede convertirse en

2695 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, p. 333.
2696 *Idem.*

hay norma que lo prohíba, ni expresa ni tácitamente, puesto que nuestro sistema consagra la autonomía de la voluntad. La única barrera a ello sería el eventual perjuicio a terceros, y esta restricción (*res inter alios acta*) se encuentra atada a cada una de las disposiciones de nuestro cuerpo legal. Por tanto, no existiendo ningún elemento que jurídicamente prive a la relación obligatoria original de su eficacia, en virtud del segundo mutuo disenso la recobraría a plenitud, siempre con la salvedad de preservarse los derechos de terceros.

Asimismo, respecto al argumento que en ocasiones se esgrime acerca de que el eliminar una relación jurídica obligacional y luego hacerla renacer resulta atentatorio contra la seguridad jurídica, la pregunta que de inmediato surge es la siguiente: ¿la seguridad jurídica de quién? Resulta necesario destacar que la seguridad jurídica únicamente puede ser socavada cuando a su vez se atenta contra la justicia y el bien común. La volubilidad de las partes en el ejercicio privado de su libertad contractual no tiene relación con el bien común, como sí lo tendría la volubilidad de los legisladores en la dación de normas legales, pues éstas están dirigidas a la comunidad.

Las decisiones privadas, sean buenas, malas o múltiples, en tanto no afecten a terceros, no resultan lesivas al interés común; por tanto, no vulneran la seguridad jurídica. Más aún, inclusive en el ámbito del Derecho de Familia nada impide volver a unirse a la pareja que se separó por mutuo disenso; de hecho, este supuesto ocurre en la realidad con mayor frecuencia de la que uno cree.

Finalmente, y retornando al ámbito patrimonial, diremos que el nuestro es un sistema de libre mercado, que se basa en la autonomía privada, la que a su vez se consagra a través de la libertad de contratación y, siendo el mutuo disenso un contrato, considerar que esta figura extintiva de obligaciones es atentatoria contra la seguridad jurídica sería equivalente a afirmar que el sistema contractual también lo es.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IX
Inejecución de obligaciones
(Artículos 1314 al 1350)

Capítulo primero
Disposiciones generales

Incumplimiento del deudor a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida
1. Fuentes nacionales del artículo 1314
2. Análisis

El caso fortuito y la fuerza mayor
1. Fuentes nacionales del artículo 1315
2. Análisis

Extinción de la obligación por causa no imputable al deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1316
2. Análisis

Imposibilidad por causas no imputables y daños y perjuicios
1. Fuentes nacionales del artículo 1317
2. Análisis

Dolo
1. Fuentes nacionales del artículo 1318
2. Análisis

La culpa y sus modalidades
1. Fuentes nacionales del artículo 1319
2. Fuentes nacionales del artículo 1320
3. Análisis

Daños y perjuicios
1. Fuentes nacionales del artículo 1321
2. Análisis
3. Algunas reflexiones sobre los daños y su función punitiva

Daño moral
1. Fuentes nacionales del artículo 1322
2. Análisis

JOSÉ PIO MARIO CASTILLO FREYRE

Incumplimiento de pago de cuotas periódicas
1. Fuentes nacionales del artículo 1323
2. Análisis

Inejecución de obligaciones dinerarias
1. Fuentes nacionales del artículo 1324
2. Análisis

Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros
1. Fuentes nacionales del artículo 1325
2. Análisis

Reducción del resarcimiento por hecho u omisión del acreedor. Concurrencia de culpas
1. Fuentes nacionales del artículo 1326
2. Fuentes nacionales del artículo 1327
3. Análisis de los artículos 1326 y 1327

Nulidad del pacto de exoneración o limitación de responsabilidad
1. Fuentes nacionales del artículo 1328
2. Análisis

Presunción de incumplimiento por culpa leve. Carga de la prueba
1. Fuentes nacionales del artículo 1329
2. Fuentes nacionales del artículo 1330
3. Análisis de los artículos 1329 y 1330

Prueba de los daños y perjuicios
1. Fuentes nacionales del artículo 1331
2. Fuentes nacionales del artículo 1332
3. Análisis del artículo 1331
4. Análisis del artículo 1332
5. La prueba de los daños y perjuicios

Capítulo segundo
Mora

1. Consideraciones generales
2. El régimen legal de la mora en el Perú
3. La definición de mora
4. Elementos contenidos en la definición de mora que hemos adoptado
5. Mora e incumplimiento absoluto
6. Clasificación de la mora
7. Requisitos de la situación de mora del deudor
8. Efectos de la mora del deudor
9. Extinción de la mora del deudor

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Constitución en mora
1. Fuentes nacionales del artículo 1333
2. Análisis

Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero
1. Fuentes nacionales del artículo 1334
2. Análisis

Mora en obligaciones recíprocas.
1. Fuentes nacionales del artículo 1335
2. Análisis

Responsabilidad del deudor por mora
1. Fuentes nacionales del artículo 1336
2. Análisis

Prestación inútil para el acreedor
1. Fuentes nacionales del artículo 1337
2. Análisis

Mora del acreedor
1. Fuentes nacionales del artículo 1338
2. Análisis

Indemnización de los daños que la mora cause al deudor
1. Fuentes nacionales del artículo 1339
2. Análisis

Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento
1. Fuentes nacionales del artículo 1340
2. Análisis

Mora y resolución contractual
1. Introducción
2. Los caminos existentes ante el incumplimiento contractual
3. La mora y los diversos caminos para resolver un contrato
4. Repensando los efectos de la mora
5. A modo de conclusión

Capítulo tercero
Obligaciones con cláusula penal

1. Concepto de la cláusula penal
2. Interpretación de la cláusula penal
3. La pena convencional como eventual acto separado
4. El objeto de la cláusula penal
5. La causa fuente de la cláusula penal

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6. La causa-fin de la cláusula penal
7. Formalidad de la cláusula penal
8. Los sujetos
9. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por parte de mandatarios
10. Beneficiarios del pago de la cláusula penal
11. La expresión de la voluntad
12. Modalidades de la cláusula penal
13. Características de la cláusula penal
14. Criterios clasificatorios de la cláusula penal
15. Condiciones de aplicación de la cláusula penal
16. Extinción de la cláusula penal
17. Diferencias entre la cláusula penal y otras figuras e instituciones jurídicas

Funcionalidad de la cláusula penal
1. Fuentes nacionales del artículo 1341
2. Análisis

Función moratoria de la cláusula penal
1. Fuentes nacionales del artículo 1342
2. Análisis

Exigibilidad de la cláusula penal
1. Fuentes nacionales del artículo 1343
2. Análisis

Momento de estipulación de la cláusula penal
1. Fuentes nacionales del artículo 1344
2. Análisis

Accesoriedad de la cláusula penal
1. Fuentes nacionales del artículo 1345
2. Análisis

Reducción de la cláusula penal
1. Fuentes nacionales del artículo 1346
2. Análisis

Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales
1. Fuentes nacionales del artículo 1347
2. Fuentes nacionales del artículo 1348
3. Fuentes nacionales del artículo 1349
4. Fuentes nacionales del artículo 1350
5. Análisis de los artículos 1347, 1348, 1349 y 1350

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO IX
INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR A PESAR DE HABER EMPLEADO LA DILIGENCIA ORDINARIA REQUERIDA POR LAS CIRCUNSTANCIAS

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1314

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 primer antecedente nacional lo encontramos en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, a través de su artículo 169: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1332: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; y, finalmente, por el artículo 1281 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Análisis

El tema del incumplimiento, a pesar de haber obrado con total diligencia, según las circunstancias, está regulado por el artículo 1314 del Código Civil peruano, que constituye la puerta de entrada al Título de Inejecución de Obligaciones. En efecto, dicha norma prevé que la inejecución comprende tanto el incumplimiento como el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El dispositivo bajo comentario establece la pauta de inimputabilidad dada por el concepto de la culpa. Si bien el texto no menciona expresamente el término «culpa», se infiere nítidamente que su presencia es requerida para atribuir imputabilidad, al disponer que no es imputable por las consecuencias del incumplimiento quien actúa con la diligencia ordinaria requerida.

Si partimos de la premisa de que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que quien no actúa con tal diligencia sí es imputable (o responsable) de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación.

Esto quiere decir que a efectos de establecer la responsabilidad de quien ha incumplido o cumplido parcial, tardía o defectuosamente con su obligación, se debe partir del análisis de su culpabilidad. En otras palabras, la responsabilidad en la inejecución de obligaciones es de tipo subjetivo.

¿En qué casos podría un deudor no ser imputable por su incumplimiento? En principio, cuando habiendo actuado con la «diligencia ordinaria requerida», no ha cumplido satisfactoriamente con la prestación a su cargo. Esto implica, ciertamente, elaborar un análisis conceptual para estructurar el marco dentro del cual se considera que existe tal diligencia exoneratoria de responsabilidad.

Uno de los coautores de este Tratado, en la Exposición de Motivos[2697] del artículo antes referido, señala lo siguiente:

> El artículo 1314 prescribe que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.
>
> En caso de ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del

2697 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones. Op. cit.*, pp. 198 y 199.

incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación.

2.1. Concepto de incumplimiento

Como sabemos, la obligación civil es el vínculo jurídico entre acreedor y deudor en virtud del cual el acreedor está facultado para exigir al deudor el cumplimiento de una prestación que tiene carácter patrimonial.

Vemos que además de los sujetos y el objeto que la integran, el elemento central es el vínculo jurídico, que da fuerza y respaldo al acreedor para conseguir la satisfacción de su crédito. Este concepto es muy importante, ya que distingue a las obligaciones civiles de las obligaciones naturales (en las que el acreedor carece de la posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación a él debida), de las obligaciones morales (ayudar al prójimo), de los deberes de solidaridad (compartir con los demás), de los deberes generales (cantar el himno nacional, quitarse el sombrero en una iglesia), etcétera.

La posibilidad de exigir el cumplimiento de la prestación o un pago de carácter indemnizatorio constituye el eje de las obligaciones, ya que regula las atribuciones que el Estado otorga, a través del sistema jurídico, a quien en sus relaciones privadas es víctima de un incumplimiento. La seguridad jurídica de los entes en sus relaciones sociales y económicas se otorga por el sistema jurídico en esta área de las obligaciones. De lo contrario, no quedaría otra alternativa que procurarse justicia por mano propia, y esto no sólo es impensable en un sistema organizado, sino que sería totalmente ajeno a la tutela jurídica del Derecho contemporáneo, salvo (en sede civil) contadas excepciones, como es el caso de la defensa posesoria.

Las comunidades se agrupan y forman su «pacto social», organizando a sus individuos en aras de conseguir dos objetivos fundamentales: la justicia y la seguridad jurídica. Más aún, el segundo de estos objetivos constituye realmente la principal razón de ser de organizarse jurídicamente, sometiéndose a normas comunes. Cada individuo cede un espacio de su libertad y autonomía en aras de obtener esa seguridad jurídica que le va a proteger de los abusos (léase incumplimientos) de los demás.

La seguridad jurídica favorece los intercambios y las relaciones sociales, políticas y económicas de todo tipo, y gracias a ella es que las sociedades —las naciones— prosperan, ya que concede un nivel de predictibilidad que sólo puede dar la existencia de normas imperativas que otorguen alternativas amparadas por toda una maquinaria que funciona en forma paralela a los acuerdos privados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, estas normas también amparan —en ciertos casos— a quienes se ven imposibilitados, a pesar de todos sus esfuerzos y buena fe, a cumplir con la prestación a su cargo, colocándolos a salvo de las posibles acciones y represalias de su acreedor.

En fin, una razón de ser del Derecho de Obligaciones radica en la forma como afrontar el eventual incumplimiento de éstas.

Wayar[2698] estima que puede intentar definir el incumplimiento. Para dar una noción objetiva, elemental y primaria se podría decir que «toda disconformidad entre la conducta obrada y la conducta debida» implica, sin más, incumplimiento. Concebido en términos tan generales, involucra tanto los ilícitos *stricto sensu* como la infracción al derecho de crédito[2699]. Con ese alcance, se podría llegar a decir, en sentido amplio, que incumple tanto quien atropella con su automóvil a un peatón como aquél que falta a la palabra empeñada, o el tutor que infringe sus deberes para con el pupilo. Pero de incumplimiento —en estricto— sólo cabe hablar cuando preexiste una obligación, lo que contribuye a delimitar el concepto.

Boffi Boggero[2700] expresa que las obligaciones han de cumplirse a través de muy distintas manifestaciones. Ese cumplimiento se llama pago. Sin embargo, en ocasiones el cumplimiento de la obligación —que justamente es el entregar la prestación debida— se hace imposible, pues está más allá de las fuerzas del o de los agentes a quien(es) incumbe legalmente hacerlo. Y esa imposibilidad conduce al incumplimiento.

Wayar[2701] propone tomar ese límite como punto de partida: estableciendo un nexo obligatorio, pesa sobre el deudor jurídico el observar un comportamiento determinado; es decir, está obligado a realizar una conducta que satisfaga el interés del acreedor. Si esto no sucede porque el sujeto pasivo obra de manera distinta a la debida, habrá incumplido. Luego Wayar se pregunta si para que se configure este «incumplimiento» es necesario que haya un factor de atribución que permita endilgarle responsabilidad a quien no cumplió.

Según Wayar, establecer si hay o no un factor de atribución resulta vital para determinar las consecuencias sancionatorias del orden jurídico, pero es indiferente para delimitar el concepto objetivo de incumplimiento. Con tal propósito recurre al siguiente razonamiento: una persona puede apartarse de la conducta que era obligatoria para ella por las más diversas causas, que es dable resumir en una fórmula simple y acomodada a este razonamiento: no cumple porque no quiere o porque no puede; en el primer caso, el incumplimiento es imputable y será responsable;

2698 Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 494.

2699 Recordemos que Wayar es de la posición de unificar ambas categorías de responsabilidad (la proveniente de inejecución de obligaciones y la generada por actos ilícitos —denominada también responsabilidad extracontractual—).

2700 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 561.

2701 Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 494-497.

en el segundo, el incumplimiento no imputable es el elemento clave, sin el cual no habrá ni ejecución forzada ni responsabilidad; pero el hecho de que ninguna de estas consecuencias se produzca no significa que la conducta del sujeto no haya configurado un incumplimiento. Se tratará, en todo caso, de incumplimiento sin responsabilidad, pero siempre será un incumplimiento.

Compartimos el criterio de Wayar por cuanto nos resulta también claro que independientemente de la existencia de responsabilidad (o imputabilidad) el incumplimiento, o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso es objetivo: se satisfizo la prestación debida o no se satisfizo. A eso, pues, apunta, y nada tiene que ver con criterio alguno de atribución de responsabilidad. Puede, evidentemente, darse un incumplimiento sin responsabilidad (ni objetiva ni subjetiva). La misma deducción es susceptible de ser inferida del texto de nuestro dispositivo. La responsabilidad objetiva, en la que resulta indiferente la existencia de culpa, en nuestro sistema se aplica a ciertos supuestos de responsabilidad extracontractual (o proveniente de acto ilícito)[2702] y no en los casos de inejecución de las obligaciones.

Por estos argumentos también coincidimos con Wayar cuando destaca la importancia de aclarar que no se debe confundir el incumplimiento —como concepto objetivo— con la responsabilidad objetiva. El primero, como se ha indicado, apunta a señalar que toda conducta disconforme con la debida constituye incumplimiento, aunque no haya razón alguna para responsabilizar al sujeto. Objetivamente incumplió, pudiendo o no ser imputable. En cambio, la responsabilidad objetiva, como sabemos, implica que el sujeto será responsable aunque haya obrado sin culpa por la existencia de un factor objetivo de atribución de responsabilidad.

2702 En nuestro sistema, la responsabilidad extracontractual (o proveniente de acto ilícito), si bien pretende tener un cariz objetivo, sigue manteniendo su línea subjetiva ya que el principio del que parte es el de la culpa o dolo (así, el artículo 1969 establece que «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo») como factor de atribución. Sin embargo, hay casos en los que la responsabilidad es objetiva, como cuando se ha causado un daño a otro mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa (artículo 1970). Esta es la llamada responsabilidad objetiva, puesto que sólo se debe probar el nexo causal y la existencia del daño. La culpa o dolo no tienen participación en la determinación de la responsabilidad. El caso típico, a modo de ejemplo, es el de los accidentes de tránsito (el automóvil —dentro de las sociedades modernas— es el bien riesgoso por antonomasia).
No obstante lo señalado, una somera revisión de las normas correspondientes a la responsabilidad extracontractual conduce a percatarnos de que la responsabilidad «objetiva» en realidad no funciona como tal, ya que si por un lado existe la norma a la que acabamos de hacer referencia, también hay otro artículo (el 1972) que le resta objetividad, impregnándolo de subjetividad (culpa o dolo): «En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño». Es decir, si no hubo caso fortuito o fuerza mayor, ni el hecho determinante de un tercero, ni concurrió imprudencia alguna de quien sufrió el daño, no habría muchas posibilidades de que ocurriese el accidente, salvo que el agente hubiese actuado, al menos, con negligencia. Asimismo, otro artículo (el 1973) señala que, si la imprudencia de la víctima sólo hubiese concurrido en la producción del daño, entonces la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias. Aquí también hay una graduación de la responsabilidad de tipo subjetivo.

Otros supuestos de responsabilidad objetiva en nuestro sistema, además de los relativos a bienes y actividades riesgosos o peligrosos, son los de responsabilidad de los dueños del animal que cause un daño —aunque se podría considerar a los animales como bienes riesgosos o peligrosos—, puesto que el animal en sí es inimputable, así como el caso de responsabilidad del dueño de un edificio derrumbado[2703].

Queda claro que la noción de cumplimiento, como opuesta a la de inejecución, conlleva satisfacer el interés del acreedor por parte del deudor. Esta satisfacción, lograda mediante el cumplimiento total, oportuno y perfecto de la prestación debida, debe ser voluntaria (no incoada). El incumplimiento, por su parte, puede ser parcial, total, tardío o defectuoso. Eso quiere decir que si el cumplimiento es parcial lo es porque parcialmente también se incumplió —un cumplimiento parcial implica, claro está, un incumplimiento parcial—, y respecto de esa porción que no se cumplió existe inejecución.

En cada tipo de inejecución —parcial, total, tardía, defectuosa— hay consecuencias diversas y, además, en función de las variables del factor de atribución correspondiente también variarán dichas consecuencias. En algunos casos —si hay culpa o dolo— habrá responsabilidad, y en otros —caso fortuito o fuerza mayor— no la habrá. En ciertos casos se disolverá el vínculo, liberando al deudor; en otros éste será imputable y deberá resarcir al acreedor con la indemnización que corresponda; también, según el caso, la prestación deteriorada sin culpa del deudor reducirá el monto de la contraprestación, etcétera.

Barbero[2704] enseña que el «incumplimiento», en sentido técnico, no es solamente defecto de una prestación, sino es el defecto de la prestación debida; y hay, precisamente, incumplimiento cuando se debe la prestación y no se la efectúa —esto incluye, ciertamente, al cumplimiento defectuoso, parcial o tardío—. Este defecto, según Barbero, puede ser o no total, puede ser o no definitivo.

Para Wayar[2705] se torna necesario ofrecer un concepto objetivo de incumplimiento, comprensivo de todas las hipótesis posibles, para lo cual deben tenerse en cuenta tres aspectos: a) se trata de un accionar contrario al Derecho; b) es violatorio de una obligación preexistente; c) modifica el curso normal de la obligación.

Conforme a lo expuesto, según el citado profesor es dable definir el incumplimiento como «La situación anormal de la relación de obligación, originada en

2703 Inclusive en estos supuestos tampoco podemos hablar de una responsabilidad objetiva absoluta, ya que siempre existe la salvedad subjetiva que la propia norma contempla:
Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, *a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.* (La cursiva es nuestra).
Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, *si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.* (La cursiva es nuestra).

2704 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, p. 67.

2705 Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 495-497.

la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados, que impide u obstaculiza su realización». Tal incumplimiento influye sobre el vínculo obligatorio en dos sentidos: extinguiéndolo, frustrando al acreedor, o prolongándolo, impidiendo la liberación del deudor. A entender del citado profesor, es siempre una conducta contraria al Derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación, que nació para ser cumplida pero que puede tener un fin distinto. Según él, concebido de esta manera, se basa en una transgresión del orden jurídico; de allí el calificativo de «antijurídico».

Para Wayar, el incumplimiento se configura con la sola transgresión del plexo normativo, lo que permite considerar que el mero retardo es una especie de incumplimiento, sin que sea necesario reprochar al sujeto culpabilidad alguna. La falta de cooperación del acreedor borra la culpa del deudor; el retardo en que incurra debido a esa causa será siempre un ilícito objetivo, es decir, un incumplimiento. Por último, el incumplimiento puede ser provocado por el acreedor, como se desprende de la definición, ya que el incumplimiento es una situación de la relación de obligación que puede presentarse por la inconducta de cualquiera de los sujetos; la más de las veces será el deudor quien incumpla, pero también el acreedor que no coopera provoca esta situación anormal.

Por último, cabe preguntarse cuándo nos encontramos ante un incumplimiento. Evidentemente, no se trata tan sólo de que exista una obligación cuya prestación o prestaciones se encuentren pendientes. El plazo para el cumplimiento debe haber vencido, o en caso de una condición ésta debe haberse producido; únicamente entonces será exigible la obligación *(obligatio praesens).* Una vez exigible, si el deudor no ejecuta la obligación, se produce el incumplimiento. Recordemos que en vista de que las prestaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer, su inejecución vendría a constituir un no dar, un no hacer o un hacer —o un dar, ya que las obligaciones de no hacer también comprenden a las de no dar—, respectivamente.

2.2. Incumplimiento imputable

Para nuestro ordenamiento jurídico —y, en general, éste constituye el criterio de responsabilidad que sigue la mayor parte de los sistemas de la familia romano-germánica—, el actuar con la diligencia ordinaria requerida exonera al deudor de la responsabilidad por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En los demás casos —desde la culpa leve, hasta la culpa inexcusable y el dolo—, el deudor sí es imputable e incurre en responsabilidad. Y, de ser imputable, el deudor está sujeto al pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados por su inejecución. Como ya hemos manifestado, la inejecución se aplica a las obligaciones con prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

Apunta la doctrina que tres son los requisitos para que se constituya el incumplimiento imputable:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(a) Que se trate de un obrar humano

Siempre es una conducta, un comportamiento del sujeto que se manifiesta por un hecho exterior, positivo o negativo.

(b) Que se trate de un incumplimiento contrario a Derecho

Entendido el Derecho como totalidad, es decir, integrado no sólo por la ley en sentido lato (incluyendo las cláusulas contractuales), sino también —en expresión de la doctrina— por los principios jurídicos superiores. En el plano contractual, si se acepta la teoría normativa (según la cual las cláusulas convencionales son, verdadero «derecho objetivo»), también debe admitirse que su violación está comprendida en el concepto de antijuridicidad.

(c) Que preexista una obligación anterior

Hay incumplimiento cuando se debe una prestación y no se la ejecuta.

Albaladejo[2706], al estudiar la hipótesis en que el deudor es responsable o no del no cumplimiento exacto, señala que la regla es que es imputable cuando éste ha sido causado por su culpa —habla de culpa en sentido amplio, que abarca la culpa propiamente dicha y el dolo—.

Baudry-Lacantinerie[2707] enseña que, si la pérdida de la cosa es imputable al deudor, el acreedor tiene el derecho de reclamarle la compensación por daños y perjuicios.

La pérdida es imputable al deudor, dice Baudry-Lacantinerie, si la cosa pereció por su culpa, si no aportó en su conservación la diligencia por la que estaba obligado. En el caso en el que la cosa pereció por culpa del deudor, hay razones para asimilar el caso en el que la cosa pereció por un caso fortuito, en el que su culpa fue la ocasión fortuita: la cosa fue objeto de robo porque el deudor se había descuidado al no ponerla en un lugar seguro. Agrega que la ley también considera como ocasionado por culpa del deudor el caso fortuito que hizo perecer la cosa durante la mora de éste y que ella no hubiera perecido si se hubiese entregado al acreedor.

Busso[2708] estima que puede ser que el deudor actúe dolosamente, pero también es posible que por error crea que no está obligado o que se ha extinguido la obligación. Aquí la inejecución se manifiesta, pero las consecuencias pueden ser diferentes en uno y otro caso.

En nuestra opinión, en gran parte de los casos el error es producto de culpa leve, es decir, que si el deudor hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida (entendida no sólo en cuanto al cumplimiento *per se* de la prestación, sino de los deberes generales de información, constatación, etcétera), habría tenido los

2706 Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 165.
2707 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 197.
2708 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 239.

elementos suficientes para no incurrir en tal error. Más aún cuando se trata de obligaciones cuya fuente es un contrato. La buena fe, en estos casos, es de tipo objetivo y no subjetivo.

2.3. Diligencia ordinaria

Hemos anotado en acápites anteriores que en el Derecho romano clásico la necesidad de la existencia de culpa en materia de responsabilidad contractual no era ignorada, mas tampoco se le atribuyó la importancia y el lugar que se cree. Como señalan los Mazeaud y Tunc, el Derecho romano clásico se preocupaba únicamente de precisar la extensión de las obligaciones del deudor, de concretar el contenido del contrato, en un esfuerzo por darle la seguridad necesaria a la parte que se encontraba más expuesta debido a su propia ineptitud o debido a la astucia ajena[2709].

En determinados contratos, como los que entrañaban especial peligro en los que una de las partes confiaba a la otra un cuerpo cierto y esta última se comprometía a restituírselo, lo que se aplicaba era pura y simplemente el contrato: era el incumplimiento el que comprometía la responsabilidad del deudor, bastando con comprobar que no cumplió su obligación. Aquí resultaba superflua la apreciación de su conducta —sólo lo salvaba el caso fortuito o la fuerza mayor, puesto que el incumplimiento no era obra de él—. Estamos, pues, ante una responsabilidad de tipo objetivo, en cuya determinación no entra a tallar noción alguna de culpa.

En las demás convenciones, la obligación del deudor no estaba determinada en forma tan exacta a los ojos de los jurisconsultos romanos. El deudor no prometía un hecho preciso, un resultado determinado, sino solamente proceder de buena fe. Su obligación consistía en cumplir sin mala fe, sin dolo; asimismo, cumplir sin mala voluntad, sin inacción, es decir, dar pruebas de diligencia[2710].

Vemos que, en estos contratos, que constituían la generalidad contractual, la regla para el cumplimiento estaba compuesta por dos requisitos: buena fe y diligencia. Entonces, se debía averiguar si el deudor había cumplido de buena fe, y asimismo si había actuado con diligencia, lo cual ya apuntaba a un análisis de la conducta de éste[2711].

En el Derecho romano, la solución jurídica a la inejecución de las obligaciones estaba dada en función a la causa de la inejecución. Había tres posibles causas: el caso fortuito, el dolo y la culpa[2712].

2709 Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y delictual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, tomo I, volumen I, p. 43.

2710 *Ibidem*, p. 44.

2711 «Los comentaristas posclásicos de la escuela de Beirut son los que dedujeron de la obligación de diligencia, que no era sino obligación de cumplimiento, la obligación de estar exento de *culpa* [...], lo cual implica un análisis de la conducta del deudor, incluso de buena fe, y lo que conduce a oponer la *culpa* al *dolus*». (*Idem*).

2712 Petit, Eugène. *Op. cit.*, pp. 467-469.

El caso fortuito era un acontecimiento al que la voluntad del deudor quedaba completamente extraña y, por lo tanto, no era imputable. La fuerza mayor *(vis major)* se daba cuando el hombre era impotente para resistirla, como los incendios, las inundaciones, los ataques a mano armada, etcétera.

El dolo existía cuando la inejecución de la obligación provenía de un hecho o de una omisión imputable al deudor que había tenido intención de dañar al acreedor. El dolo no podía, por otra parte, emanar más que de una persona que comprendía el alcance de sus actos, y no de un loco, de un niño o de un impúber, *proximus infantiae* (Pomponio, L. 60, D., *de rei vind.*, VI, 1). Todo deudor respondía de las consecuencias de su dolo, lo cual constituía un principio de orden público; las partes no podían derogarlo por un convenio en contrario, pero el acreedor podía renunciar a exigir la reparación del dolo, cuando ya había sido cometido.

Finalmente, la falta (culpa), según Petit, consistía en un hecho o en una omisión imputable al deudor, pero sin que hubiera habido por su parte intención de perjudicar al acreedor. *No era culpable más que de imprudencia, de negligencia o de torpeza.* No podía ser cometida más que por una persona razonable, pero no por un loco, un *infans* o un impúber, *proximus infantiae.*

Nuestro ordenamiento legal exige diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones. En caso contrario, el deudor incurre en responsabilidad. La dificultad consiste no sólo en definir, sino en dar consistencia objetiva a esta categoría, a fin de llevarla a un uso jurídico justo y eficaz.

La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento —pudiendo ser esta actividad negativa— que el deudor debe desplegar para satisfacer el interés del acreedor, es decir, el deber del deudor consiste en la ejecución de la prestación debida. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que, de lo contrario, si tan sólo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el deudor hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.

Más aún, la responsabilidad «objetiva» —donde no interesa la existencia de culpa o dolo— ya ingresa más al campo del riesgo creado, que calibra la graduación de la responsabilidad, así como la determinación y la imputación de ésta.

Para Cabanellas[2713], el término «diligencia» ostenta múltiples y trascendentes significados jurídicos: cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etcétera. Los demás significados apuntan más a su acepción de trámite, siendo la

2713 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 253.

acepción general la que nos atañe. Al respecto, Cabanellas amplía: «La *diligencia* se erige en la clave de la observancia de las obligaciones legales y aun voluntarias; y determina, en su declinación o falta, la calibración de la *culpa*, desde el rigor de la *grave* a la eventual exigencia de las resultas de la *levísima*. Como desempeño de funciones y cargo, el eclipse de esta *diligencia* —en el parcial de la *negligencia* o en el total de la *omisión*— origina además eventuales sanciones punitivas, con la pérdida de los puestos desempeñados y el resarcimiento económico pertinente. Así, pues, se está en el antídoto más eficaz frente a las *responsabilidades* de carácter civil, penal o profesional».

Pero seguimos en la misma indefinición, que constituye invariablemente el «lado oscuro» de adoptar patrones subjetivos para la determinación de la responsabilidad. La indefinición está dada por el criterio de conceptualización o demarcación de territorio del término «diligencia». ¿Qué entendemos, o, mejor dicho, cómo medimos la diligencia con que actuó o dejó de actuar un sujeto que no ha cumplido con su obligación? Esto, como vemos, resulta fundamental y constituye el punto neurálgico en la inejecución de las obligaciones, puesto que en función al uso de este instrumento es que se determinará la existencia de responsabilidad y, en su caso, de su graduación.

Entramos, pues, al terreno de las ambigüedades, terreno que puede ser peligroso a menos que la solución jurídica revista características de tipo objetivo que la sustraigan de la abstracción. Sabemos que las abstracciones tienen de positivo la flexibilidad que permite adecuarse al caso particular, atendiendo a los principios de justicia e igualdad[2714], pero al mismo tiempo entrañan el riesgo de caer en la incertidumbre, que acarrea inseguridad. Un criterio puramente objetivo puede ser seguro, en tanto es inamovible y difundido, siendo el caso, por ejemplo, de la multa por inobservancia de la señal de tránsito. Es irrelevante determinar si la persona que cruzó la avenida estando el semáforo en rojo se encontraba en estado de ebriedad[2715], o simplemente distraída, o en un estado de aprensión absoluta debido a que acudía al hospital porque se acababa de enterar de que su hijo había sufrido un grave accidente. En cualquier caso, la multa será siempre la misma, y éste constituye un criterio objetivo: nadie va a reducir la multa atendiendo a las circunstancias de cada individuo, ya que de lo contrario habría una gran congestión en las comisarías, o en los juzgados de paz, por la cantidad de reclamantes, y ello requeriría de personal adicional para atender estos hechos y, en cualquier caso, relativizaría las normas de flujo vehicular, generando, a la postre, más perjuicios.

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

2714 La justicia comprende a la igualdad, pero esta última entendida como el tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales.

2715 En tal caso, ciertamente, se le incrementaría la sanción administrativa (y hasta se configuraría un ilícito penal), debido al agravante, pero en realidad esto constituye una sanción adicional por otra falta que se sumaría a la cometida.

No obstante, cerrar el sistema a criterios totalmente objetivos también acarrea problemas, ya que no se puede sacrificar a la justicia en aras de la seguridad, puesto que la injusticia —a la larga— tiene de invitada a la inseguridad. Un Derecho injusto es un Derecho inseguro. Por ello es función del Derecho alcanzar la justicia, pero también la seguridad, por lo que ambos fines deben caminar juntos, en un equilibrio que no siempre es fácil de lograr.

Volviendo al tema que nos atañe, podemos formular la pregunta en el sentido de cómo lograr entonces el equilibrio entre justicia y seguridad en un concepto tan subjetivo como el de diligencia.

Si se concibe a la diligencia como un conjunto de actos con miras a un resultado, entonces estamos ante un criterio objetivo. Pero al añadir a este concepto el sentido psicológico de la actitud con vista a un resultado, es decir, a procurar medir también la actitud de la persona diligente, ¿de qué estamos hablando?; ¿del conocido —y siempre cuestionado— patrón del buen padre de familia?

«Cuando se habla de la diligencia de un buen padre de familia, se considera esa actitud, esa tensión del deudor con la mira del resultado prometido, y no los actos por los cuales se manifestará. Porque esos actos varían según las circunstancias, a las cuales deben adaptarse; si el deudor encuentra un obstáculo muy importante, la diligencia de un buen padre de familia no será incompatible con una inacción total; es decir, no será jamás la fuerza mayor la que podrá impedir al deudor el desplegar cierta diligencia, en el sentido psicológico del término. Más aún, imponerle al porteador que transporte con la diligencia de un buen padre de familia, y evitar los robos, salvo fuerza mayor imprevisible e irresistible, sería sencillamente establecer dos regímenes diferentes para esas dos obligaciones, principal la una y accesoria la otra, y no regir según dos principios unos problemas diferentes; una actitud tanto más inadmisible por cuanto la obligación de evitar los robos se descompone, en sí, en lo imperativo de adoptar cierto número de medidas concretas. Cabe distinguir, en la obligación, su objeto (transportar, vigilar, construir) y su contenido (diligencia de un buen padre de familia, por ejemplo); cabe distinguir también la obligación principal (transportar) y algunas obligaciones accesorias (vigilar, entregar); pero resulta imposible distinguir algo en el contenido mismo de la obligación, en la diligencia que impone: el contenido de la obligación es una noción simple, indisociable»[2716].

Es conocido el apotegma que reza: *Jura vigilantibus, non dormientibus subveniunt*[2717], y es también sabido que rige nuestro Código Civil. Un ejemplo muy patente se encuentra cuando se premia la diligencia de quien primero inscribió su título de propiedad de un inmueble —en caso de concurrencia de acreedores—, aun por encima de quien primero adquirió la propiedad u otro derecho sobre éste. En Derecho de Obligaciones es explícito el deber de obrar con diligencia.

2716 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 254.

2717 «Las leyes protegen a los diligentes, no a los descuidados».

Quien actúa con diligencia es alguien diligente. Según la Real Academia Española, diligente es «Cuidadoso, exacto y activo. Pronto, presto, ligero en el obrar»[2718]. En tanto para Cabanellas significa «Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto, rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. Por contrapuesto al *negligente*, quien procede con diligencia está relevado en principio de culpa en el discernimiento de la conducta y en lo contractual y extracontractual, siempre que la valoración del proceder sea positiva. [...]»[2719].

Hemos anotado al estudiar el tema de la culpa que el modelo romano del «buen padre de familia» se acercaba a un patrón estándar de conducta que apuntaba más hacia lo objetivo que hacia lo subjetivo. Es objetivo en cuanto a que se debe cumplir requisitos básicos, conocidos y aceptados por todos.

Ahora, es claro para nosotros que, si bien este modelo podía funcionar y ser válido por su realista aplicabilidad en Roma, hoy en día es bastante más difícil de emplearlo como patrón de conducta estándar, debido a que, en las grandes ciudades, multiculturales, sobrepobladas, coexisten gran diversidad de formas sociales, culturales y económicas, cada una de las cuales con escalas de valores propias y también modelos de conducta propios. Si sumamos a esto la globalización, el problema se complica.

La noción de «buen padre de familia» devino en cierto desgaste por su obsolescencia. Esta noción no conduce a una apreciación justa de las obligaciones de un deudor, puesto que la actitud de cuidado que se espera de un deudor no es la misma que la que se espera de un buen padre de familia. Es mejor buscar un modelo más cercano a la realidad de las relaciones obligatorias. El Código suizo, por ejemplo, alude al buen administrador. Dentro de este orden de ideas, es más lógico referirse al hombre medio normal, quien idealmente toma las precauciones y previsiones necesarias, y se comporta —en general— con la diligencia esperada.

Pero otra vez nos podemos preguntar, ¿quién es este hombre medio?; ¿se trata de buscar al hombre más común dentro de toda una población?; ¿es el hombre al que nada le sobra, pero nada le falta y que ha cumplido con ciertos requisitos mínimos de educación? Y aun si se ubicara al «hombre medio» más idóneo (juicio muy subjetivo, por cierto), ¿se puede aplicar a todos su forma de conducta?

Al respecto, resulta de interés la opinión de Planiol y Ripert:

> Cuando no se demuestra que el autor del daño ha previsto deliberadamente su posibilidad, solamente incurre en culpa si sobre él pesaba la obligación de preverlo y de desarrollar su diligencia para evitar su producción.
>
> Para que exista semejante obligación es necesario primeramente que haya sido posible preverlo, determinándose esa posibilidad en términos generales,

2718 Real Academia Española. *Op. cit.*

2719 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo III, p. 256.

> en función de las aptitudes que posee el hombre de capacidad media. Se dice que la culpa se aprecia *in abstracto* desde el punto de vista de la previsión y de la diligencia en el actuar. La conducta solamente puede juzgarse si se compara con una regla, que normalmente no debe ser ni demasiado severa ni demasiado fácil; pero, no puede atribuirse a la regla enunciada un alcance absoluto. Sin duda con ello se simplificaría la práctica, tanto para el juzgador como para los sujetos que unos frente a otros en la vida corriente, han de regular su conducta de conformidad con la que pueden esperar de los demás. Pero, la capacidad varía tanto de un individuo a otro que apreciar la conducta de todos los hombres por comparación con un modelo único, «el hombre medio», produciría frecuentemente decisiones injustas, bien en el sentido de su severidad, bien en el de su indulgencia. Es menester, conjuntamente con la adopción de esa idea general, darle una diversidad de matices»[2720].

Como podemos apreciar, estos autores se inclinan mucho más hacia un sentido de justicia, el cual implica entrar en el mundo del subjetivismo, con el inevitable —y ya mencionado— riesgo de caer en ambigüedades, lo cual puede hacer ingresar a la figura dentro de la inseguridad.

Además, para cada ámbito propugnan un tipo adecuado de «hombre medio». Señalan que no puede compararse con el hombre medio a quien posee evidentemente conocimientos o aptitudes superiores al grado medio; y, a la inversa, no puede juzgarse a los incapaces bajo el mismo tamiz del «hombre medio». Más aún, para Planiol y Ripert, además de estas consideraciones, deberán tomarse en cuenta las circunstancias[2721] e incluso los usos[2722].

Este «exceso» de consideraciones va rompiendo la concepción del modelo estándar, del patrón objetivo de conducta ideal a seguir. Un patrón de conducta fijo es inamovible o, en todo caso, su modificación es mínima, conservando la rigidez del modelo. Al entrar a tallar consideraciones que, a modo de excepción, van minando el patrón, relativizándolo en función de cada caso en particular, el concepto de estándar empieza a declinar, cediendo a criterios de corte subjetivista. Como repetimos, el problema de esta última solución es la maraña de incertidumbre que trae consigo, puesto que, como consecuencia, no se sabe a ciencia cierta

2720 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, p. 716.

2721 *Ibidem*, p. 717.

2722 «En definitiva, la culpa se aprecia, en gran parte, de acuerdo con las circunstancias y la condición respectiva de las partes, así como en materia contractual la responsabilidad es susceptible de variar según la índole y las condiciones particulares de los contratos. Igualmente se aprecia según los usos, determinados a su vez por consideraciones económicas y sociales. Especialmente el deber de prever y de actuar diligentemente podrá atenuarse en consideración a la necesidad de actuar rápidamente, y aun, en términos más amplios, por la necesidad de actuar y de vivir; exigir una excesiva previsión haría imposible toda actividad» (*Ibidem*, pp. 718 y 719).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cuándo es que una persona es imputable o no, ya que deben tomarse en cuenta tantas variables subjetivas.

Vemos entonces que la doctrina ha dedicado gran parte de su preocupación a la situación del deudor que incumple. Se trata de buscar justicia e imparcialidad, y diríamos hasta cierta piedad hacia él. Se le ha provisto de conceptos difusos, categorías abstractas, atenuantes, numerosas salidas, en fin, a su inejecución total o parcial. Sin embargo, el interés del acreedor rara vez ha sido objeto de preocupación social, a menos que se trate de un caso en que sea víctima del dolo del deudor. De lo contrario, no ha suscitado mayor dedicación. Creemos que esto es consecuencia directa de la errónea concepción de la permanente debilidad del deudor, que a su vez fomentó la regla *favor debitoris*.

Por todo lo expuesto creemos conveniente que, si bien los equilibrios y términos medios deben aplicarse, ello debe hacerse dentro de criterios objetivos y sin encontrarse bajo la sombra de reglas que a veces resultan prejuiciosas como el *favor debitoris*, ni modelos demasiado adecuados a la persona y entorno del deudor que incumple. En todo caso debe buscarse la media entre el deudor y el acreedor, a fin de ser más justos para todos.

Según nuestro ordenamiento legal, la diligencia ordinaria constituye contraparte de la culpa leve[2723].

Ciertamente vemos cómo es que la noción de culpa leve (estudiada también en el acápite referente a los factores de atribución de responsabilidad, a cuyas líneas remitimos al lector), que obedece a una graduación de culpas, representa el criterio subjetivo por excelencia para determinar la responsabilidad. Es el criterio más favorable al deudor, tendencia por la que optó el legislador. La Exposición de Motivos del Código Civil así lo establece:

> Cuando el deudor, por falta de diligencia ordinaria omite ejecutar la prestación prometida, incurre en culpa. El resultado dañoso no querido por el deudor, obedece a su imprudencia, torpeza, o en general a su falta de diligencia. Debe advertirse, sin embargo, que la regla se refiere a la falta de diligencia ordinaria, que constituye la culpa leve, porque en caso de negligencia grave, estaríamos ante un supuesto de culpa inexcusable.
>
> En la culpa leve, a diferencia del dolo, no hay intención de incumplir, no hay mala fe de parte del deudor. Y, a diferencia de la culpa inexcusable, no hay negligencia grave, sino tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción *(culpa in faciendo)* u omisión *(culpa in non faciendo)* no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención

2723 El artículo 1320 establece que: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> del deudor, o en general a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, trátese de las personas, del tiempo o del lugar.
>
> [...]
>
> Las reglas previstas están plenamente justificadas. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello ocasiona una singular dificultad para apreciar con una idea abstracta, sea la del «buen padre de familia» o la del «comerciante honesto y leal». Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado evento, y no el proceder de cualquier persona del género humano.
>
> Es prudente por ello, que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos, pero también es necesario que el juez aprecie y decida, en cada caso concreto, si el deudor incurrió en culpa inexcusable, o sea si actuó con negligencia grave, o si procedió con culpa leve, es decir omitiendo tan sólo la diligencia ordinaria debida[2724].

Es claro que la intención del legislador apuntaba a eludir criterios abusivos o arbitrarios para el deudor, pero favorables al acreedor, en tanto que el otro extremo puede ocasionar el efecto contrario: favorable para el deudor, pero perjudicial para el acreedor, cuyo interés estará siempre sujeto a riesgos mayores.

Por las consideraciones anotadas, es nuestra opinión aplicar un criterio subjetivo que parta de un modelo referencial (objetivo) del término medio, considerando tanto la persona del deudor como la del acreedor.

Finalmente, sobre la diligencia ordinaria cabe anotar que ella resultará insuficiente para liberar al deudor por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento, cuando lo contrario esté expresamente previsto por la ley o por el título de la obligación, de acuerdo con lo establecido en la Casación n.° 1382-2000-Callao, de fecha 17 de agosto de 2002, «*Quinto*. Si bien el artículo 1314 citado contiene un supuesto de ausencia de culpa cuando dispone que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, también lo es que dicha diligencia resultará insuficiente para liberar al deudor por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento, cuando lo contrario esté expresamente previsto por la Ley o por el título de la obligación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1317 del mismo Código Sustantivo. *Sexto*. En ese orden de ideas se tiene que el artículo 663 del Código de Comercio, aplicable al caso de autos en atención a la especialidad de la norma, prescribe que el capitán no será responsable de los daños que sobrevinieran al buque o al cargamento por fuerza mayor, es decir, el obligado para liberarse de su responsabilidad, deberá acreditar además de la diligencia ordinaria,

2724 Es la *ratio legis* del artículo 1320. Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. *Op. cit.*, pp. 206 y 207.

que la inejecución de su obligación o su cumplimiento irregular, obedeció a la presencia de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. *Sétimo.* Al haber quedado establecido que el siniestro que motivó la inejecución de la obligación por parte de la entidad demandada, no se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, la Sala Superior al desvirtuar la demanda apoyándose únicamente en la diligencia ordinaria de esta última, aplica indebidamente el artículo 1314 del Código Civil e interpreta erróneamente los artículos 1315 del mismo cuerpo legal, y 633 del Código de Comercio, por lo que debe casarse la sentencia».[2725]

2.4. Inejecución relativa: cumplimiento parcial, tardío o defectuoso

La inejecución relativa (por oposición a la absoluta, que es cuando se incumple íntegramente con la prestación, teniendo este incumplimiento total carácter de definitivo) reviste una complejidad mayor que la que aparenta *a priori.*

Supongamos que Jorge adeuda a María la suma de diez mil soles, debiendo pagarlos el siete de mayo, y vencido ese plazo le entrega la cantidad de tres mil soles. ¿Estamos ante un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso? ¿Cuál es el criterio para establecer el tipo y la magnitud de dicho incumplimiento?

Criticando el criterio de la posibilidad o imposibilidad —que por cierto tampoco compartimos—, para determinar si la inejecución es relativa o absoluta, Wayar[2726] primero refiere que, si luego de la formación de un vínculo obligatorio la prestación se torna de ejecución imposible y tal imposibilidad reviste el carácter de definitiva, se dice que la inejecución es total o absoluta. En cambio, señala, cuando la imposibilidad que sobreviene es sólo temporaria, afecta parcialmente la prestación o se origina en otras imperfecciones que alteran la exactitud del objeto, no obstante lo cual es siempre posible el cumplimiento, aun con las fallas indicadas, el incumplimiento es relativo. En otras palabras, el incumplimiento relativo se distingue del absoluto según la posibilidad o imposibilidad de ejecutar la prestación *in natura.*

Sin embargo, expresa Wayar que hay casos en los cuales, aun siendo materialmente posible el cumplimiento, la situación que se presenta es idéntica a la de una inejecución completa, ante la falta de interés del acreedor en recibir la prestación. Es lo que sucede, por ejemplo, en las obligaciones sujetas a un plazo esencial, en las cuales el mero transcurso del término estipulado torna inútil el cumplimiento tardío, a pesar de ser materialmente posible. Esto demuestra la insuficiencia del criterio posibilista para trazar la línea demarcatoria entre las formas de inejecución aquí consideradas. Aquella pauta debe ser integrada con otra de corte subjetivo, proporcionada por el interés jurídico del acreedor; y, en consecuencia, el

2725 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2726 Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 501.

incumplimiento es también absoluto cuando la prestación carece de utilidad para el destinatario del pago.

Coincidimos con Wayar en cuanto a la inutilidad del criterio «posibilista», pero discrepamos con él respecto de su difusión en la doctrina. No se relaciona, a nuestro entender, la imposibilidad absoluta, de manera directa y exclusiva, con la inejecución absoluta. La posibilidad o imposibilidad es una categoría independiente del cumplimiento, que puede darse o no, pero en cualquier caso se la debe considerar en conjunto con otros elementos.

Uribe Holguín[2727] indica que del artículo 1613 del Código Civil colombiano se desprende que el deudor incurre en inejecución de su obligación si omite en absoluto ejecutar el objeto de ella, si lo ejecuta imperfectamente o si retarda su ejecución.

Para este autor lo que distingue el retardo de la inejecución absoluta y de la ejecución parcial es la circunstancia de que estas dos últimas formas de falta de pago son definitivas, en el sentido de que no es posible o no es admisible que el deudor todavía pague o rehaga el pago; en tanto que el retardo es la falta de pago con carácter transitorio: el deudor no ha pagado nada, o ha pagado en forma incompleta, pero aún es posible y se le admite que ejecute el objeto no ejecutado.

Compartimos la acepción de Uribe respecto a la inadmisibilidad (como alternativa a la imposibilidad) del pago por parte del deudor, si éste ya no resulta de interés o utilidad para el acreedor.

2.4.1. Cumplimiento parcial

Cumplimiento parcial equivale a decir incumplimiento, término más adecuado, puesto que de lo que se trata es de evaluar —a la luz del factor de atribución— el incumplimiento o inejecución de las obligaciones[2728], a fin de buscar una solución según la responsabilidad o imputabilidad del deudor.

Otro aspecto a considerar, fundamental en los casos de cumplimiento parcial, es si habiéndose cumplido la prestación en forma incompleta, al acreedor le sigue o no interesando la parte cumplida. Es claro que si el acreedor aceptó el cumplimiento parcial, entonces la responsabilidad se restringe a la porción no cumplida. Pero también es dable que sin la parte incumplida, al acreedor no le interese siquiera la parte ejecutada, a pesar de haberla aceptado en su momento. En estos casos es factible que el acreedor resuelva la obligación completa, siempre y cuando al aceptar la parte cumplida, hubiese desconocido que el resto no se

2727 Uribe Holguín, Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá: Temis, 1970, p. 113.

2728 Reiteramos lo señalado al inicio del Título sobre Inejecución de Obligaciones, en el sentido de que la maquinaria del Derecho entra a tallar con toda su fuerza y significado cuando se da un conflicto en el que una de las partes, cuando no las dos, se siente insatisfecha en su relación jurídica. La razón más frecuente está constituida por el incumplimiento, en cualesquiera de sus modalidades.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

iba a cumplir. En este caso, y si el deudor incurrió en responsabilidad, la asume como una inejecución total.

La doctrina francesa denomina «incumplimiento parcial» a este supuesto, ya que lo que hay que sancionar es el incumplimiento y no el cumplimiento. También evalúa la magnitud del daño para determinar si vale la pena continuar con la exigencia de la parte que falta ejecutar o si amerita la resolución total. «En este supuesto los Tribunales tienen que determinar si la porción de la obligación que no se ha cumplido (con el retraso que la afecta, en su caso) justifica la resolución total. Si estiman que no es suficiente para ocasionar tan grave sanción, podrán, de comprobar la existencia del incumplimiento parcial, otorgar los daños y perjuicios proporcionales al incumplimiento, manteniendo en pie la obligación en cuanto al resto. La Corte de Casación ha declarado que a falta de una cláusula de resolución expresa "corresponde a los Tribunales, en caso de incumplimiento parcial, apreciar, según las circunstancias de hecho, si ese incumplimiento tiene suficiente importancia para que la resolución haya de ser pronunciada inmediatamente, o si bastará como reparación el abono de daños y perjuicios"»[2729].

Planiol y Ripert refieren que dicha resolución parcial suscitó al principio algunas críticas, debido a que esto sería una suerte de modificación judicial del contrato, concepto inaceptable; pero adoptando el criterio de buena fe como base de esta solución se llegó a ver que si ella obliga al acreedor a aceptar un plazo, también le impide exigir una resolución total cuando el cumplimiento parcial le ha aportado suficiente beneficio:

> Así sucede cuando resulta imposible volver las cosas al estado primitivo (por ejemplo, en caso de servicios ya prestados), o cuando volverlas al estado anterior ocasione gastos que sean totalmente desproporcionados con los perjuicios producidos por el vicio de cumplimiento (construcciones no conformes con los planos y presupuestos), cuando lo que falte por cumplir sea una parte accesoria, cuando se trate de prestaciones divisibles, como en materia de compra de productos o mercancías. También existen determinados usos comerciales, según los cuales, en materia de mercancías y productos, la diferencia en calidad o cantidad solamente da lugar a una reducción del contrato, a una modificación de sus condiciones o del precio convenido[2730].

Ello es distinto cuando se trata de un bien único: «En cambio, la resolución parcial no se concibe en la venta o arrendamiento de un objeto único, en el arrendamiento de un local que constituya una sola vivienda, etc.».[2731]

2729 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, pp. 603 y 604.

2730 *Ibidem*, pp. 604 y 605.

2731 *Ibidem*, p. 605.

2.4.1.1. Supuestos de cumplimiento parcial

Consideramos que pueden presentarse varios supuestos de inejecución parcial, en función del tipo de obligación según el objeto (simple o compleja).

2.4.1.1.1. Cuando el deudor cumple sólo parte de la prestación debida[2732]

Sería el caso, a modo de ejemplo, de la entrega de la mitad de la mercadería vendida. Ésta puede consistir en un lote de diez automóviles marca Peugeot —nuevos, de un mismo color y modelo—, o en mil kilos de una harina especial refinada blanca, o en noventa galones de combustible diésel, o en cien metros de tela cretona para cortinas, etcétera. El tipo de bien puede ser cualquiera, siempre y cuando ya se encuentre determinado. Imaginemos que se trata de los mil kilos de harina, de los cuales el deudor pretende entregar quinientos. Si el acreedor tiene algún interés en recibir la parte que se le ofrece, sus derechos se limitan a exigir la otra parte o los daños y perjuicios que correspondan.

Pero si a este acreedor no le interesa recibir sólo quinientos kilos de harina debido a que la producción a que se ha comprometido —tiene una fábrica de panetones— requiere necesariamente de los mil kilos de harina, entonces la ejecución parcial no reviste interés para el acreedor, quien tiene la facultad de no aceptar esta entrega incompleta y considerar que la obligación no se ha cumplido en absoluto. En este supuesto, resultará más conveniente para él ser indemnizado por el íntegro de la obligación no ejecutada.

Ciertamente, como es de notar, todo gira alrededor del interés del acreedor, a quien amparan los principios de identidad y de integridad del pago[2733].

2732 Recordemos que una obligación puede tener varias prestaciones. En este caso nos referimos a una sola prestación. Como sabemos, el que una obligación contenga como objeto una sola prestación no quiere decir que dicha prestación sea indivisible. Una misma prestación —si tiene naturaleza divisible, o si la ley o el pacto no han determinado su indivisibilidad— puede dividirse en tantas partes como sea factible.

2733 Recordemos que el principio de identidad consiste en que el acreedor debe recibir exactamente la prestación que se le adeuda, vale decir, que no se le puede obligar a aceptar el cumplimiento en términos diversos a los establecidos por el título constitutivo de la obligación. En las obligaciones con prestaciones de dar, el acreedor no está obligado a recibir otro bien, incluso si éste revistiese mayor valor. Se aplica lo mismo a las obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer. Por ejemplo, un violinista se obliga a tocar una serie de piezas románticas (boleros) en un salón de baile, y en lugar de ello ejecuta —magistralmente— una sonata de Bach, una sinfonía de Beethoven y algunas partituras de Haendel y Mozart. En este caso, por más que aduzca que su prestación fue de mayor calidad, resulta indudable que el deudor no ha cumplido con la prestación debida.
Como sabemos, el principio de identidad se encuentra muy ligado al principio de integridad, aplicándose también a la noción de cumplimiento parcial, ya que la prestación en una obligación es un todo integral, de ahí el interés del acreedor. El acreedor, pues, no puede estar obligado a aceptar una prestación de cuantía inferior a la que se le adeuda. Así, si el violinista hubiese interpretado la música debida, pero durante menos tiempo del acordado (suponiendo que se comprometió a ejecutar durante dos horas, y sólo lo hizo por espacio de una hora), también se considera que incumplió, y el acreedor, según sus intereses y el tipo de expectativas, puede estimar conveniente responsabilizarlo por la parte incumplida o por el íntegro de la obligación.

Dentro de este cumplimiento parcial se encuentra también el caso de la prestación que comprende un bien principal con sus accesorios[2734]. Un ejemplo sería el de la hebilla dorada de un par de zapatos con la inscripción de la marca —suponiendo que es de la Casa Christian Dior—. El bien principal puede ser el zapato, pero tal vez para el acreedor la hebilla con la marca es sumamente importante, por lo que sin dicho accesorio no aceptaría el bien. En este supuesto estaríamos ante una inejecución total de la obligación, ya que el acreedor no recibirá la prestación parcial, por más que el bien entregado constituya el principal. Caso distinto sería si el accesorio es prescindible para el acreedor, y éste recibiera el bien sin él. En este caso estaríamos frente a un incumplimiento parcial *(o cumplimiento parcial, si se le mira desde la otra cara de la moneda)*[2735].

2.4.1.1.2. Cuando la obligación tiene como objeto prestaciones conjuntivas

Las obligaciones conjuntivas —o, mejor dicho, las obligaciones con prestaciones conjuntivas—, como su nombre lo indica, son parte de un conjunto, debiendo cumplirse todas ellas. Como ya lo hemos manifestado, las obligaciones conjuntivas son aquéllas con pluralidad de prestaciones en las que el deudor tiene que cumplir todas ellas. El deudor ha de cumplir todas las prestaciones prometidas como si se tratase de obligaciones independientes y distintas, siendo, en principio, indiferente para el cumplimiento de las demás prestaciones, el que una de ellas sea nula o de imposible cumplimiento.

La conjunción «y» es la que manda. Puede tratarse de prestaciones que no tengan ninguna relación entre sí, como, por ejemplo, si Jorge contrata con Carla para que ésta le entregue un lapicero marca Cross, de oro, un reloj marca Rolex (ambos con modelo determinado), le preste un servicio de mantenimiento a su

---

De esta forma, si el dueño del salón de baile había ofrecido a sus clientes (incluso había pegado afiches en la entrada) dos horas de ejecución de violín, y las personas acudieron con esta expectativa, los daños por este incumplimiento parcial pueden ser hasta mayores que si no hubiese ofrecido nada, ya que la imagen, credibilidad y seriedad del promotor o del establecimiento quedaron en entredicho.

2734 El tratamiento legal de los bienes principales y los accesorios es el siguiente:
Artículo 888.- Son accesorios los bienes que sin perder su individualidad están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien.
La afectación sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.
Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares.
El aprovechamiento pasajero de un bien para la finalidad económica de otro no le otorga la calidad de accesorio.
La separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime su calidad.
Artículo 889.- Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.
Artículo 1134.- La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega. El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

2735 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

equipo de sonido y le tramite *la licencia de su establecimiento comercial ante la municipalidad distrital respectiva*[2736]. En este caso, es claro que el incumplimiento de una de las prestaciones no acarreará necesariamente el de las demás, ya que, si Carla no ejecutara alguna o algunas de las prestaciones, le correspondería a Jorge optar por la aceptación de las restantes, con reducción de la contraprestación, eventual exigencia de daños y perjuicios, etcétera.

El caso se complica cuando las prestaciones tienen alguna vinculación entre sí, el incumplimiento de una determina la inutilidad de las otras. Aquí sí se da una suerte de dependencia entre las prestaciones, pero no hay categorías entre ellas, es decir, ninguna tiene carácter de principal; únicamente podría existir «dependencia» por criterios de utilidad. En este caso, el incumplimiento de una prestación también brindaría al acreedor la posibilidad de rechazar las otras, por carecer de interés para él, lo cual conllevaría a la inejecución total de la obligación; o de aceptar las demás, caso en el cual estaríamos frente a un incumplimiento parcial de la obligación.

Ello puede ocurrir cuando se contrata, por ejemplo, a una agencia de viajes para que adquiera el boleto de avión al Cusco, reserve un hotel frente a la Plaza de Armas, adquiera localidades para un espectáculo musical —en donde participará su cantante favorito— y reserve un *tour* en helicóptero a las ruinas de Macchu Picchu.

Cualquiera de las citadas prestaciones tiene vida propia en sí misma, no es accesoria, no depende de las demás, siendo todas de la misma categoría; sin embargo, las une un lazo que no es natural sino artificial: la voluntad, el interés del acreedor. En este caso, resulta evidente que, si la agencia no consigue los pasajes al Cusco, el resto de las prestaciones no tienen razón de ser, pues carecerían de utilidad para el pretendido viajero. De la misma forma, si el interés del acreedor está dado por el viaje en helicóptero a Machu Picchu, si la agencia no lo consiguiese, ya no le interesará el viaje en absoluto, por mucho que el deudor haya conseguido obtener el boleto de avión y la reserva en el mejor hotel de esa ciudad. Pero —en el terreno teórico y práctico— a pesar de ser poco probable, podría ocurrir lo contrario, es decir, que dicha persona opte por realizar el viaje al Cusco vía terrestre, o —lo que sí resultaría más frecuente— que vaya a las citadas ruinas en tren.

Igualmente, si para el acreedor fuese indispensable contar con dicho hotel porque siempre soñó con estar en Cusco hospedado en un antiguo monasterio convertido en hotel, frente a esa plaza, tampoco tendría interés en que se cumpliera el resto de prestaciones. Por último, tal vez el espectáculo también podría revestir el mayor interés para el acreedor, ya que le parecería fascinante ver y escuchar a su cantante favorito en la mítica ciudad del Cusco, y por ello decide realizar todo

2736 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

el resto del viaje, *tour* en helicóptero incluido. Es, pues, evidente que no se trata de una obligación con prestaciones accesorias o secundarias, a pesar de la interdependencia que pueda haber entre ellas.

También puede incluirse dentro del rubro de las obligaciones conjuntivas a aquéllas con pluralidad de prestaciones en las que exista una prestación que pueda considerarse —en la práctica, mas no en el plano jurídico— como «principal» o de mayor importancia, al lado de otras prestaciones que revistan carácter de menor importancia. Sin embargo, todas ellas serían, jurídicamente hablando y al tratarse de una obligación conjuntiva, prestaciones principales. En este caso, la solución depende también de la utilidad que el cumplimiento parcial tenga para el acreedor. Si la prestación considerada en la práctica como secundaria fuese importante, entonces podría rehusar el cumplimiento total de la obligación. Pero si ella no resultase esencial para el acreedor, entonces la obligación habría sido parcialmente ejecutada y el deudor sólo debería la porción que falta —en este caso, la prestación de menor importancia—, o la indemnización que corresponde a la inejecución parcial.

Es importante indicar que no estamos hablando de una obligación facultativa en la cual sólo una prestación se deberá cumplir, sino de una prestación que tiene la característica de principal y que va unida a otra prestación de carácter accesorio o secundario en cuanto a importancia dentro del interés del acreedor, es decir, que puede tener cierta independencia pero que constituye el mismo objeto de la relación jurídica obligacional, o sea, que ambas deben cumplirse, van juntas[2737].

Un ejemplo lo constituiría la obligación conjuntiva cuya prestación más importante podría ser la de entregar un *software* novedoso y la prestación menos importante consistiera en el entrenamiento de su uso al acreedor[2738]. En este caso, hay dos prestaciones, de las cuales aquella que podría objetivamente ser considerada como la menos importante tal vez en los hechos no resulte siendo así, en tanto al acreedor no le interese tener dicho programa de computación si es que no va a saber utilizarlo, caso en el cual podría considerar como no ejecutada la obligación.

Pero si a este acreedor no le resulta tan esencial la prestación de entrenamiento en el sistema, porque tiene un equipo de trabajadores de cómputo sumamente capacitados y familiarizados con este tipo de programas, entonces podría aceptar la entrega de la prestación principal (el programa), considerando incumplida la otra prestación, con lo que la obligación —como un todo— habría sido ejecutada sólo parcialmente.

2737 Una buena comparación resulta de analizar el caso de los bienes principales con sus accesorios. La idea general es bastante semejante. Hay una estrecha relación entre la principal y la accesoria, en cuanto a naturaleza y fines, dependiendo la segunda de la existencia de la primera.

2738 El contrato es de compraventa de un programa de cómputo, y en una de las cláusulas de dicho contrato el vendedor se compromete a capacitar al acreedor o a quien éste señale.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4.2. Cumplimiento tardío

Busso[2739] anota que el caso más frecuente de inejecución de una obligación es el del cumplimiento tardío, tratándose de una obligación que debía haberse cumplido en determinado tiempo.

Uribe Holguín[2740] precisa que el retardo puede tener por causa un hecho u omisión del propio deudor, o una fuerza mayor o caso fortuito determinante de imposibilidad pasajera de pagar, como el embargo y secuestro de la cosa. Y se pregunta si cuando la causa del retardo es el hecho o la omisión del deudor, ello implica necesariamente la existencia de dolo, o si puede provenir de mera culpa.

Refiere que a primera vista parece que la falta transitoria de pago, no debida a fuerza mayor o caso fortuito, sea siempre dolosa, pues mirando el asunto superficialmente no se ve claro cómo quien puede pagar y no paga, incurre en esta omisión de manera no intencional.

Señala, pues, que, en materia de inejecución de obligaciones, el proceso regular del acto libre tiene cabida en el retardo con mayor claridad que en ninguna otra hipótesis. Uribe estima que es posible que tal sea el fundamento del siguiente pasaje del Digesto (transcribe la traducción al español de la parte pertinente): «9. Se entiende que comete dolo el que no restituye lo que puede restituir. 10. Por lo tanto, si te mandé que me compraras un esclavo, y lo compraste, deberás entregármelo» (Libro 17, título 1, fragmento 8°, parágrafos citados). Precisa que, en las obligaciones de entregar cosa material, el retardo consiste precisamente en no hacer la entrega en el momento debido, siendo ésta posible y mientras el acreedor no tenga derecho de rechazarla definitivamente.

Sin embargo, como anota el propio autor, examinando el punto con mayor atención, se concluye en que el retardo no determinado por fuerza mayor o caso fortuito puede provenir indistintamente de dolo o de culpa del deudor.

En efecto, si el deudor, por descuido u olvido no entregase la cosa que debe cuando llega el momento del pago, si por imprudencia no alcanza a tenerla en el lugar donde debe entregarla, si por negligencia o impericia no termina dentro del plazo estipulado la tarea o trabajo que se ha obligado a ejecutar, incurre en culpa y no en dolo.

Podemos observar que todos los supuestos mencionados —descuido, olvido, imprudencia, negligencia, impericia— corresponden a las nociones de culpa, en sus modalidades de culpa leve y culpa grave. La graduación de la culpa (si es grave o leve) dependerá del nivel de negligencia, inversamente proporcional al nivel de diligencia. Como sabemos, el dolo se configura con un elemento de intencionalidad

2739 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 239.
2740 Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 113-115.

(«Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación», según el artículo 1318 de nuestro Código Civil).

La culpa se presume en todos los casos de incumplimiento. En nuestro sistema, se presume la culpa leve (que es la contrapartida de la diligencia ordinaria); es decir, que, si la obligación no se cumple, o se cumple parcial, tardía o defectuosamente, esto obedece a culpa leve. El deudor es responsable, a menos que pruebe lo contrario. En el caso de la atribución de culpa leve en el cumplimiento tardío, compartimos las opiniones del profesor Uribe, cuando señala que del hecho que el deudor pueda elegir entre dos posibilidades (pagar y no pagar), no puede inferirse que la falta de pago en estas circunstancias implique necesariamente el proceso consciente del acto libre, puesto que si el deudor, como es frecuente, no está atento a lo que debe hacer u omitir para efectuar el pago, deja de pagar inconscientemente y sin intención, aunque de modo culpable.

Creemos que más allá de que no pueda inferirse que la falta de pago obedezca a un acto deliberado (habría que tener un «medidor de voluntades»), tampoco se podría suponer que responda a un acto inconsciente, razón por la cual es mejor conceder el beneficio de la duda al deudor (sin lesionar los intereses del acreedor, quien tiene varias posibilidades de salvaguardar sus derechos), ya que los casos de retraso (indolente o doloso) suelen subsanarse por el propio deudor en cuanto es exigido el pago por el acreedor. Instituciones como la mora sirven de apoyo a esto. Y si en los hechos ello ocurre así, entonces es mejor no castigar con igual fuerza a los deudores que incurren en culpa leve y a aquéllos que incumplen mediando dolo.

Lo mismo ocurre en caso de encontrarse el deudor ante la eventualidad de evitar o no que determinado suceso le impida el pago. Hay aquí idéntica posibilidad de elección y, no obstante, si el deudor no evitó el suceso, pudiendo haberlo evitado, no se puede concluir que su conducta, positiva o negativa, sea siempre intencional. Compartimos también el criterio de Uribe en este punto, puesto que en la mayoría de casos implica culpa del deudor, ya sea por impericia, imprudencia, negligencia o descuido.

Piensa Uribe que la malicia no es regla en los hechos humanos. Cuando se incumple el contrato o se infringe la ley lo común no es que se incumpla deliberadamente, sino por descuido o negligencia, siendo vicio más generalizado en el hombre la falta de atención y de interés, que la maldad y el propósito de dañar. Por ello, tanto en la falta de pago de una obligación, como en el hecho ilícito dañoso, debe presumirse la culpa, mas no el dolo. Este último siempre debe probarse.

Nosotros no compartimos del todo la opinión de Uribe, en lo que respecta a la naturaleza del género humano. No creemos que se pueda afirmar que exista una preponderancia de la buena fe sobre la malicia en los actos de las personas. Tampoco es que creamos lo contrario, lo que queremos decir es que no se puede determinar el porcentaje de corrección y de buenas intenciones en los actos jurídicos

GUSTAVO ALFREDO CASTRO FERRARI

de los individuos. Menos aún pueden medirse las zonas grises entre la corrección y la negligencia, y entre ésta y el dolo.

En efecto, cada persona tiene su dosis de buena y de mala fe, y las circunstancias en que se encuentre harán que su actuar se incline a veces hacia un lado y en ocasiones hacia el otro. Las circunstancias varían, y las personas junto a ellas. Los modos de comportamiento, que se reflejan en el cumplimiento de diversos deberes y obligaciones, también son resultado de las circunstancias interactuando con las personas.

Entonces, si no se puede determinar el porcentaje de actos maliciosos de cada persona, menos aún se puede establecer un patrón de conducta social. Y así se pudiera, ello no sería relevante para el Derecho. Lo relevante para el Derecho es *conocer* que todas estas posibilidades existen (y coexisten) en los individuos de la sociedad: va a haber incumplimientos dolosos, culposos o exentos de imputabilidad, entre ellos el caso fortuito o de fuerza mayor. Eso es todo lo que compete conocer al Derecho, y basándose en estas consideraciones y en los fines que se estimen prioritarios para la sociedad, es que el legislador toma sus decisiones, que se plasman en soluciones jurídicas.

En suma, al Derecho le basta conocer la existencia de un apreciable porcentaje de conductas de buena fe para que considere necesario protegerlas, proporcionándoles las presunciones correspondientes, como es el caso de la buena fe.

Presumiéndose la buena fe, se ampara a quienes actuaron de esta forma. Es más sano para una sociedad que se presuma lo bueno, las buenas intenciones, a que se parta de la premisa de que el estándar es la malicia. Ahora bien, tampoco se puede aplicar la benevolencia a un solo lado (deudor), sino que se debe encontrar un equilibrio a fin de que el acreedor también quede amparado. Esto se encuentra regulado en el tenor de la probanza. Ya hemos señalado que la regla *favor debitoris* no puede ser empleada de forma tal que se desvirtúe su propósito y se convierta en instrumento en contra del acreedor.

2.4.3. Cumplimiento defectuoso

Un cumplimiento defectuoso significa, en principio, que ha habido un cumplimiento, una ejecución, pero que ésta adolece de defectos, que es defectuosa, lo cual quiere decir que existe una discrepancia, una disconformidad de conducta entre lo obrado y lo debido. Esta conducta defectuosa del deudor se traduce en un incumplimiento material que el acreedor percibe como tal y que lo deja insatisfecho, disconforme. El principio de identidad se ve vulnerado.

Esta disconformidad puede ser, evidentemente, de carácter absoluto o relativo.

Absoluto, si la conducta del deudor es contraria, en lo esencial, al actuar comprometido. Un ejemplo de incumplimiento defectuoso absoluto es cuando el deudor, obligado a colocar grifería de una determinada marca en el baño principal

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del domicilio del acreedor, la coloca en el baño de visitas. O si el deudor, obligado a enajenar una cosa a favor del acreedor, realiza la transferencia a un tercero.

La disconformidad de comportamiento es de carácter relativo cuando el cumplimiento del deudor es defectuoso en cuanto al modo, tiempo o lugar de ejecución de la prestación. Así, el deudor puede cumplir con hacer entrega de la prestación debida, pero en lugar distinto al convenido, siendo este detalle de interés para el acreedor, como en el caso de la mercadería perecible (carne fresca) que debe recibirse con urgencia en el restaurante del acreedor situado a treinta kilómetros del local, también perteneciente al acreedor, en donde el deudor realiza la entrega.

En cualquier caso, si el acreedor prueba la mala ejecución, tiene facultad de exigir que se le indemnice.

Llambías[2741] refiere que el cumplimiento total defectuoso queda asimilado al incumplimiento total cuando uno y otro generan la responsabilidad del deudor. Sólo pueden diferir con respecto a la cuantía de la indemnización, ya que es frustrada enteramente su legítima expectativa en torno a la prestación debida, o que lo sea parcialmente mediante un cumplimiento defectuoso, que pese a ese defecto no deja de ser cumplimiento al fin. Pero es de notar que el deudor no puede imponer al acreedor la recepción de un cumplimiento defectuoso, por no existir identidad entre lo debido y lo que se intenta pagar.

Como sabemos, el incumplimiento, en cualquiera de sus modalidades, ya sea total, parcial, tardío o defectuoso, siempre va a generar responsabilidad de indemnización por parte del deudor hacia la persona del acreedor cuando concurran dos supuestos: el primero, que dicho incumplimiento sea imputable al deudor (ya dijimos que lo es si ha incurrido en culpa leve, culpa grave o dolo); y el segundo, si el acreedor es y se considera perjudicado. Los incumplimientos parciales, tardíos o defectuosos, por su parte, se convierten en inejecuciones totales, dependiendo del daño causado al interés del acreedor.

Según Llambías[2742], frente a la tentativa de un pago defectuoso el acreedor tiene tres alternativas posibles: 1) rechazar el pago asimilándose entonces el intentado cumplimiento defectuoso a la inejecución total; 2) aceptar ese pago sin reserva alguna, hipótesis en la cual el efecto cancelatorio del pago funciona plenamente, habida cuenta de que media, por acuerdo de partes, una dación en pago que importa una novación por cambio del objeto debido; 3) aceptar el pago con reserva del derecho a obtener la indemnización del daño que el defecto de cumplimiento causa al acreedor. A decir de Llambías, es en esta última hipótesis que se suscita la diversidad antes apuntada, en la cuantía de la indemnización a favor del acreedor, según que haya incumplimiento total del deudor o menor cumplimiento defectuoso de su parte.

2741 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 122 y 123.
2742 *Idem*.

El caso fortuito y la fuerza mayor

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1315

Dentro de la legislación colonial, debemos hacer mención de la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 11, Título XXXIII, Partida Séptima: «*Casus fortuitus tanto quiere decir en romance, como ocasion que acaesce por ventura, de que non se puede ante ver*».

También se relacionan con este tema la Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: «*Otrosi dezimos, que si se perdiesse, o si se menoscabase, o se muriesse la cosa que touiesse alogada alguno, por alguna ocasión que auiniesse sin su culpa del; assi como si fuesse sieruo, o alguna bestia, si se muriesse su muerte natural; o si fuesse naue, o peligrasse por tormenta que acaesciese; o si fuesse casa, e se quemasse; o si fuesse molino, e le lleuassen avenidas de rios; o por otras cosas qualquier semejantes destas, que se perdiesse, o se muriesse; por tal ocasion, como sobredicho es, que non seria tenudo de la pechar el que la touiesse logada. Fueras ende por casos señalados. El primero es, si quando logo la casa, fizo tal pleyto con el señor della, que como quier que acaesciesse de la cosa, que fuesse tenudo de la pechar. El segundo es, si fiziesse tardanca de tornar la cosa al señor, mas que non deuía, e despues de aquel tiempo que gela deuiera auer tornada, se perdiesse, o se empeorasse. El tercero es si por su culpa acaesciesse aquella ocasion por que se pierde, o se muere la cosa*»; y la Ley 3, Título II, Partida Quinta».

El artículo 1315 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 sus artículos 744: «No hay lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido»; y 898: «Se extingue la obligación cuando sin culpa del deudor, o sin que hubiese habido morosidad de su parte, perece la especie cierta y determinada que era objeto de la obligación, o sale fuera del comercio de los hombres, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia. En el caso de haber sido moroso el deudor, mas sin responsabilidad a los casos fortuitos, se extingue la obligación siempre que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega».

FRANCISCO MIRO QUESADA FREYRE

Por su parte, el Código Civil de 1852 legislaba el particular en sus artículos 2274: «Si por caso fortuito se pierde ó se destruye totalmente la cosa que se debía, se extingue la obligación.— Mas si la pérdida o destrucción ha sido parcial, subsiste la obligación en lo que haya quedado», y 2275: «El obligado á entregar la cosa que se ha destruido ó perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en sus artículos 1439: «El deudor no es responsable de los daños y perjuicios que reciba el acreedor por no cumplir la obligación, cuando la falta de cumplimiento proviene de caso fortuito o fuerza mayor; a no ser que aquél haya tomado a su cargo las consecuencias de estos acontecimientos, o que hayan ocurrido por su culpa, o cuando ya había incurrido en mora, no motivada también por caso fortuito o fuerza mayor», y 3045: «El obligado a entregar una cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito, está obligado a probar su inculpabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 3047».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en su artículo 311: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establezca la obligación»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 297: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establece la obligación».

El Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, legislaba el tema en el artículo 1308: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1319: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no regulaba la materia.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, trataba sobre el particular en su artículo 170: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en su artículo 1333: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

LUIS ALBERTO CASTILLO PERTE

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 legislaba sobre la materia en su artículo 1282: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

2. Análisis

Existe una zona gris en las categorías de responsabilidad, problema que se puede encontrar en diversas legislaciones. Esta franja reviste sinuosidades conceptuales que la vuelven en ocasiones demasiado abstracta, lo cual trae como consecuencia el riesgo de convertirse en una suerte de «cajón de sastre» donde se pueden almacenar categorías que deberían corresponder a otros rubros. Nos referimos al espacio entre la culpa leve y el caso fortuito o de fuerza mayor.

El Código Civil de 1984 aclara los conceptos definitivamente. De él se desprende, con toda nitidez, que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Así lo establece el artículo 1314. Luego, la imputabilidad sólo puede atribuirse a quien procede con dolo o culpa.

La ausencia de dolo o culpa no origina responsabilidad alguna, salvo que la ley o el pacto establezcan como única causal exoneratoria el caso fortuito o de fuerza mayor. La franja intermedia que, como dijimos, es aquélla que existe entre la culpa leve y el caso fortuito o de fuerza mayor, o sea, la ausencia de culpa, aparece con meridiana claridad en el Código Civil peruano de 1984.

Quien actúa intencionalmente para incumplir su obligación procede con dolo; quien lo hace con negligencia extrema actúa con culpa inexcusable; la falta de la diligencia usualmente requerida determina la existencia de culpa leve; la diligencia ordinaria, aun cuando empleándola se incumpla la obligación, exime de responsabilidad; y, por último, el caso fortuito o fuerza mayor, donde, desde luego, hay ausencia de culpa, sólo se exige como causal exoneratoria cuando la ley o el pacto así lo establezcan.

2.1. Concepto

El incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, por lo que ya no es el autor material ni moral de dicha inejecución; se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es, pues, una razón más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A lo largo de la Historia del Derecho, observamos que en lo relativo a la imputabilidad por incumplimiento han variado las normas que eximen de responsabilidad a quien le ha sido imposible cumplir. Las causales de imposibilidad han permanecido casi inalteradas, diferenciándose sólo en cuanto a aspectos de actualización debido al avance de la modernidad, es decir, a aspectos de índole satelital y no sustancial.

La figura del caso fortuito y la fuerza mayor está contemplada en el numeral 1315 del Código Civil peruano, que prescribe lo siguiente: «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso». Vemos que la citada norma emplea el término «caso fortuito» al lado del de «fuerza mayor». ¿Constituyen sinónimos? ¿son conceptos complementarios?

El Código peruano de 1852 sólo usaba la expresión «caso fortuito» (artículos 1572, 1608, 1614, 1670, 1830, 1836, 1839, 1862, 2274, 2275, 2276, 2277 y 2296), salvo en el artículo 1639, que además de la expresión «caso fortuito» utilizaba la de «fuerza mayor». Pero sin duda, en dicho Código tanto los casos fortuitos como de fuerza mayor comprendían los acontecimientos extraordinarios, irresistibles e imprevisibles que imposibilitaban el cumplimiento de la obligación.

El Proyecto de Código Civil peruano de 1890 tenía la tendencia, al igual que el Código Civil de 1852, de utilizar sólo la expresión «caso fortuito» (por ejemplo, en los artículos 3045 y 3048). Sin embargo, el precepto genérico exoneratorio de responsabilidad empleaba las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor» (artículo 1439), considerándolas como sinónimas.

El Código Civil peruano de 1936, siguiendo al Código Napoleón, identificaba los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor, usándolos indistintamente en forma separada o conjunta.

En el título relativo a inejecución de las obligaciones (artículos 1319 y 1326) dicho Código empleaba ambas expresiones como sinónimas, utilizándolas conjuntamente, lo mismo que en los artículos 995 y 1180.

Con más frecuencia, el citado cuerpo normativo sólo se refería al caso fortuito (artículos 840, 1256, 1283, 1533, 1590, 1596, 1618, segundo párrafo, y 1660) y, excepcionalmente, sólo a la fuerza mayor (artículos 1618, primer párrafo, y 1625).

El artículo 1518 del Código Civil de 1936 parecía distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, pero la interpretación sistemática de la norma conduce a descartar tal criterio que, por lo demás, carecería de relevancia jurídica.

Por último, el artículo 1503 del Código Civil de 1936, luego modificado por el artículo 152 de la —hoy derogada— Ley de Reforma Agraria, establecía diferencias entre «los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente» y «los casos

FONDO EDITORIAL

fortuitos extraordinarios». Esta distinción, a nuestro entender, era absurda, pues un evento simplemente constituirá o no un caso fortuito.

En el Código Civil de 1984, como se observa del artículo 1315 antes transcrito, se emplean con equivalencia absoluta las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor». Más aún, el Código ha cuidado de utilizar invariable y simultáneamente las expresiones «caso fortuito o fuerza mayor» (artículos 909, 1079, 1315, 1518, 1820 y 1972). Pero, por las razones que se señalan más adelante, usualmente el Código se refiere a la ausencia de culpa y sólo de manera excepcional, cuando así debe corresponder, al caso fortuito o fuerza mayor.

El Derecho positivo no ha otorgado mayor importancia a la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, pudiendo constatarse que tal diferenciación carecería de efectos prácticos; no obstante, la doctrina sí distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y estas distinciones influyen —o podrían influir— en su aplicación.

En efecto, hay autores para quienes llevar a cabo la diferenciación conceptual únicamente obedece a fines teóricos. Pero otros consideran que tal distinción sí tiene influencia sobre la responsabilidad del deudor. Este último sector doctrinal estima que la diferencia se encuentra en la importancia del acontecimiento, siendo de fuerza mayor los hechos más importantes y casos fortuitos los menos importantes. Aquí la fuerza mayor tiene un efecto liberatorio más amplio que el caso fortuito, implicando la irresistibilidad del acontecimiento. En tanto, el caso fortuito abarca la imprevisibilidad de dicho acontecimiento.

El más importante exponente de la teoría que acabamos de enunciar (que distingue las nociones de caso fortuito y fuerza mayor, asignándoles diferencias en cuanto a la extensión de la responsabilidad del deudor) es el jurisconsulto Adolf Exner[2743], para quien el criterio distintivo entre ambos radica en el origen de las causas productoras del hecho. Si éstas son extrañas o ajenas a la explotación comercial o industrial de que se trate (tempestades o inundaciones, hechos de terceros, órdenes de autoridades, etcétera), entonces estamos ante la fuerza mayor, que exime de responsabilidad al deudor. Pero si las causas son inherentes a la explotación misma (estallido de calderas, rotura de máquinas, cortocircuito por recarga de energía, etcétera), se trata de caso fortuito, por el cual sí responde el deudor.

Según Exner, se exige la concurrencia de tres requisitos para que el hecho sea calificado como de fuerza mayor:

(a) Que el hecho sea exterior a la empresa

Hay hechos cuya causa no guarda relación con la empresa, no resultan de sus instalaciones ni del trabajo de los obreros, provienen de una fuerza extraña al

2743 Exner, Adolf. «De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil romano y en el actual». En *Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit.*, tomo II, pp. 819 y 820.

medio profesional, más poderosa que la iniciativa del empresario. Estos hechos constituyen la fuerza mayor.

Están excluidos de este concepto los riesgos provenientes del azar causado como consecuencia de la empresa que el empresario ha creado y dirige (hay azar afortunado y azar desafortunado, y el empresario disfruta de uno y responde del otro).

(b) Que el hecho tenga cierta importancia

Para ser importante, el hecho debe ser extraordinario, es decir, sobrepasar lo previsible, ya que es anormal. Basta que sea previsible, aunque externo a la empresa, para que no encaje en la categoría de fuerza mayor.

(c) Que el hecho sea público y notorio

Es necesario que la prueba del hecho sea insospechable. Debe ser conocido por todos.

Este sistema de responsabilidad que distingue el caso fortuito y la fuerza mayor, en cuanto al alcance de la imputación del deudor, escapa a la noción de culpa. Como sabemos, nuestro sistema acoge la noción de responsabilidad contractual subjetiva. Él proclama que la ausencia de culpa exime de responsabilidad, en tanto que la conceptualización de Exner se inclina claramente hacia la responsabilidad objetiva, responsabilizando al deudor que incumple sin culpa por caso fortuito. En otras palabras, este sistema amplía la base de la imputabilidad.

Compartiendo el criterio de Exner, Mario César Gianfelici[2744] anota que la fuerza mayor se debe a una causa ajena que excluye la relación de causalidad externa, y el caso fortuito se debe a una causa ajena que excluye la relación de culpabilidad (causalidad interna).

Los autores para quienes la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor sólo obedece a un debate teórico son los más numerosos. Para éstos la diferenciación cobra varias formas:

(a) Por ser un hecho extraño al obligado o producirse al interior del círculo obligatorio del deudor

Este criterio tiene su fuente en el razonamiento de Exner, quien fue el más radical en señalar que la distinción entre ambos conceptos traía como consecuencia una diferencia también en cuanto a sus efectos, es decir, en cuanto a la extensión de la responsabilidad.

Así, para Josserand[2745] fuerza mayor es la causa exterior al supuesto responsable, por ejemplo, a determinada empresa. Es la fuerza que ha irrumpido desde

2744 GIANFELICI, Mario César. «Caso fortuito e impedimento ajeno a la voluntad». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 178 y 180.

2745 JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 339.

fuera en el círculo de los dos adversarios (demandante y demandado hoy en el proceso). Una inundación, el estado de guerra, la revolución, el hecho del príncipe (es decir, la orden emanada de la autoridad), y aun los hechos de terceros, serían ejemplos de fuerza mayor. En cambio, caso fortuito es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa. El incendio, la explosión de una caldera, constituirían casos fortuitos. Se aprecia que Josserand sigue el criterio de Exner en cuanto a la aplicación de ambos conceptos a la actividad comercial e industrial.

Boffi Boggero[2746] también señala que para algunos el caso fortuito constituye el acontecimiento producido en el interior del círculo obligatorio del deudor y la fuerza mayor es el hecho extraño a la persona de quien se obligó.

(b) Por ser un acto de Dios o un acto del príncipe

Lafaille[2747], admitiendo la equiparidad, sostiene que a partir de *El Digesto* se estableció una distinción, designando bajo el nombre de caso fortuito «a los hechos de la naturaleza» y bajo la denominación de fuerza mayor «a los procederes de la autoridad». El caso fortuito obedecería a las fuerzas físicas de la naturaleza o de Dios *(act of God*, según la expresión del Derecho angloamericano) y la fuerza mayor al «acto del príncipe», al *factum principis*, incorporándose en este último concepto, además, ciertos hechos de terceros.

Vemos que el caso fortuito y la fuerza mayor, dentro de esta conceptualización, se equiparan en cuanto a la imposibilidad e inimputabilidad, y difieren en la causa determinante de tal imposibilidad de cumplimiento. Así, la fuerza mayor constituye el «acto del príncipe» (según la fórmula clásica), incluyendo en ella ciertos hechos de terceros que ciertamente no provienen de la autoridad, pero menos aún de la naturaleza o de Dios.

Dentro de esta línea de pensamiento, Boffi Boggero[2748] señala que para una corriente el caso fortuito se refiere a los hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a los hechos del hombre, siendo idénticas sus consecuencias. Borda[2749], igualmente, recuerda que para algunos autores que siguen la terminología del Derecho romano, la expresión caso fortuito debe reservarse a los hechos de la naturaleza y fuerza mayor a los hechos del hombre; pero las consecuencias serían las mismas.

En este sentido, Uribe Holguín[2750] anota que Pérez Vives pone de manifiesto que la doctrina civil distingue la fuerza mayor del caso fortuito y clasifica los criterios con arreglo a los cuales se ha efectuado esta distinción, siendo el primero de ellos el que sostiene que el caso fortuito es un acontecimiento de la naturaleza,

2746 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.
2747 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 180.
2748 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.
2749 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 117.
2750 Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.

como un temblor o una inundación, en tanto que la fuerza mayor es el hecho de terceras personas, como el mandato de la autoridad, la invasión, el pillaje.

Cazeaux y Trigo Represas[2751] y Enrique Prieto Ravest[2752] también señalan que para una tendencia de la doctrina tradicionalmente se entendía que el caso fortuito se refería a los hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor a los actos del hombre, distinción que tenía nada más que una importancia teórica, pues en la práctica ambos liberaban al deudor de responsabilidad.

En efecto, consideramos que ciertamente resulta interesante realizar una diferenciación de índole teórica, pero si a la postre son iguales los efectos o consecuencias, entonces las nociones (de caso fortuito y fuerza mayor, en este supuesto) van a tender —ineludiblemente— a confundirse. Esto es lógico, ya que siendo la finalidad de las normas el brindar soluciones jurídicas, la caracterización y clasificación de los conceptos jurídicos es relevante sólo cuando pueda imputárseles una diferente regulación legal.

(c) Por estar frente a un obstáculo irresistible o de menor significación

Borda[2753] expresa que para otros la fuerza mayor sería la imposibilidad absoluta fundada en un obstáculo irresistible, en tanto que el caso fortuito consistiría en un obstáculo de menor significación, pero, con todo, suficiente en relación con ese deudor. Los efectos serían iguales, porque en ambos casos el deudor quedaría exonerado.

Estos conceptos son compartidos por Boffi Boggero[2754], quien señala que para una corriente el caso fortuito es un obstáculo menor que el otro, consistente en la imposibilidad absoluta emanada de la irresistibilidad.

Asimismo, Uribe Holguín[2755] indica que para algunos el caso fortuito está constituido por sucesos de menor importancia que los que configuran la fuerza mayor.

Podemos apreciar que esta diferenciación se basa en la magnitud del obstáculo, pero confluyendo ambos (caso fortuito y fuerza mayor) en una imposibilidad absoluta de cumplimiento para el deudor. Y esta imposibilidad determina en ambos casos la inimputabilidad del deudor.

Dentro de este orden de ideas, Cazeaux y Trigo Represas[2756] anotan que hay autores que dan el nombre de caso fortuito a los hechos menos importantes y denominan fuerza mayor a los más extraordinarios.

2751 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 413.

2752 Prieto Ravest, Enrique. *Teoría general de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 89.

2753 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 118.

2754 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.

2755 Uribe Holguin, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.

2756 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 413.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como vemos, para quienes suscriben esta corriente, la distinción entre ambos conceptos estaría dada por la importancia del evento (si es más importante, se trataría de fuerza mayor). Vemos que el criterio de diferenciación se asemeja al del punto anterior, pero además se considera que la fuerza mayor está vinculada a la ocurrencia extraordinaria del suceso, es decir, a que el obstáculo que se interpone al cumplimiento del deudor es de naturaleza que va más en el terreno de la catástrofe, o sea, de un evento más alejado de la previsión humana.

(d) Por referirse al aspecto subjetivo u objetivo del hecho extraordinario

Para Colmo[2757], una y otra expresión (caso fortuito y fuerza mayor) señalan dos aspectos distintos, pero correlativos, de un mismo fenómeno, que es el obstáculo insuperable para cumplir. La diferencia radica en que fuerza mayor constituye lo subjetivo de la imposibilidad de prever o de evitar el hecho; caso fortuito, en cambio, es lo objetivo del hecho extraordinario.

Consideramos interesante este criterio distintivo, y el mismo podría constituir una solución bastante inteligente al problema, puesto que ambos se verían como dos facetas del mismo supuesto. Serían dos lados confluyentes del problema jurídico: mientras que el caso fortuito vendría a ser el suceso apreciado en sí mismo, objetivo, esto es, a título de ejemplo, el incendio propiamente dicho, la fuerza mayor sería la imposibilidad de las personas (en este caso, del deudor) de evitarlo o de preverlo. La fuerza mayor sería técnicamente el adjetivo y el caso fortuito el sustantivo. Si se da el caso fortuito sin que concurra la fuerza mayor, es decir, si el incendio se pudo prever o evitar, entonces sí hay responsabilidad. Ello justificaría la inclusión de ambos términos en el precepto legal, ya que, de ser sinónimos, uno de ellos —cualquiera— estaría sobrando.

(e) Por ser previsibles o imprevisibles

Para Colin y Capitant[2758], el caso fortuito es la situación que un deudor común no puede prever, pero que uno más advertido y cuidadoso podría haber previsto y evitado. La fuerza mayor, por el contrario, es el hecho que ni el deudor más cuidadoso puede prever ni evitar.

En principio —según los citados autores—, tanto la fuerza mayor como el caso fortuito liberan al deudor. Existen, sin embargo, situaciones en que solamente la fuerza mayor exime de responsabilidad. Ellas serían las siguientes: 1. los casos de accidentes de trabajo; 2. la responsabilidad en el contrato de transporte; 3. los supuestos de contrato de hospedaje. En estas tres situaciones un evento solamente podría ser liberatorio de la obligación del deudor, si asume las características de fuerza mayor, vale decir, si constituye un acontecimiento que la persona más prevenida no pudiera haber evitado.

2757 Citado por Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 118.

2758 Citados por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 415.

Cazeaux y Trigo Represas[2759] señalan que la mayor parte de los autores argentinos no distingue entre caso fortuito o fuerza mayor y considera que ambos liberan de responsabilidad[2760].

En suma, para quienes sostienen esta distinción, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son imprevisibles, pero la fuerza mayor lo es más. Esto quiere decir que un sujeto común y corriente no podría advertir la presencia o futura ocurrencia de ninguno de los dos, siendo inimputable en cualquier caso, pero un individuo más cuidadoso y previsor de lo común (es decir, un deudor extraordinario) sí podría haber previsto el caso fortuito, mas no así la fuerza mayor, que es imprevisible para cualquier ser humano.

A entender nuestro, este criterio de distinción es muy subjetivo, ya que habría que determinar la naturaleza o personalidad de cada individuo (deudor) para saber si es más diligente de lo que se espera que sea, lo cual viene a ser de por sí un problema de probanza para el acreedor. No se evaluaría el suceso en sí solamente, sino la capacidad intrínseca de cada deudor.

(f) Por ser imprevisibles o irresistibles

Boffi Boggero[2761], Uribe Holguín[2762] y Borda[2763] refieren que para una corriente el caso fortuito entraña un acontecimiento imprevisible y la fuerza mayor encierra uno irresistible, pero que los efectos serían iguales.

Consideramos que esta distinción puede acarrear complejos problemas, ya que, si el acontecimiento es imprevisible, pero resistible, entonces el deudor sí estaría sujeto a responsabilidad (este sería un supuesto de caso fortuito sin fuerza mayor); en tanto que, si el acontecimiento es previsible pero irresistible, no cabría responsabilizar al deudor (fuerza mayor sin caso fortuito). Entonces, a efectos de la responsabilidad, sólo se eximiría al deudor cuando en cualquier caso exista fuerza mayor, no siendo necesario el elemento de la imprevisibilidad (caso fortuito).

(g) Por ser imprevisibles o inevitables

Cazeaux y Trigo Represas[2764] y Martínez Alfaro[2765] señalan que, según una corriente de opinión, algunos autores designan con el nombre de caso fortuito a los hechos imprevisibles y llaman fuerza mayor a los hechos inevitables.

2759 *Idem.*

2760 Por lo demás, es lo que resulta del Código Civil de ese país, como principio y salvo situaciones excepcionales, como podrían ser las previstas en los artículos 1120, 2236, 2237 y 1113, este último en cuanto se refiere al riesgo o vicio de la cosa.

2761 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 225.

2762 Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.

2763 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 117.

2764 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 413.

2765 Martínez Alfaro, Joaquín. *Op. cit.*, p. 213.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este criterio distintivo resulta muy similar al anterior, ya que inevitable, a nuestro entender, es sinónimo de irresistible.

(h) Por implicar una imposibilidad de pago relativa o absoluta

Uribe Holguín[2766] anota que, para algunos, el caso fortuito implica imposibilidad relativa de pagar, mientras la fuerza mayor es el hecho determinante de imposibilidad absoluta para efectuar el pago.

Si la imposibilidad es de carácter relativo, cabrían interpretaciones de diversa índole, pues dicha relatividad podría estar condicionada a elementos circunstanciales que solamente influirían en el tiempo o forma de ejecución de la prestación, es decir, que lo relativo puede significar que el deudor se vea imposibilitado temporalmente de cumplir con su prestación o se vea impedido de cumplirla en su totalidad. En consecuencia, se relativizaría el cumplimiento, y esto incluiría la posibilidad de completar la prestación o de ejecutarla posteriormente. En cambio, si la imposibilidad reviste carácter absoluto, no hay forma de que pueda cumplirla.

2.2. ¿Distinción útil o inútil?

A entender nuestro, la necesidad de cualquier distinción, clasificación, división, tipología o diferenciación se fundamenta en criterios cuya pauta está liderada por la utilidad que ello representa para los fines del Derecho. Esto quiere decir que debe verificarse qué objetivo debe cumplir la institución, dentro de una sistemática, y luego considerar la necesidad de plantearse distingos de tipo teórico, que se reflejarán posteriormente en los efectos de su aplicación.

En el supuesto que nos atañe, esto es, el caso fortuito y la fuerza mayor, los efectos de ambas figuras serán siempre los mismos, es decir, exoneran de responsabilidad al deudor que incumple su obligación[2767]. Las delgadísimas líneas divisorias entre ambos conceptos resultan, a los fines del fundamento de ambos, irrelevantes. Para determinar la responsabilidad contractual del deudor, el propio sistema provee de criterios subjetivos como culpa leve, culpa inexcusable y dolo. Más bien, el problema del artículo 1315 del Código Civil antes transcrito es delinear los presupuestos en que se libera o exime de responsabilidad al deudor. La idea es proporcionar una válvula de escape, un respiro al deudor cuando ocurren eventos en los que su voluntad no ha intervenido, es decir, eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impidan la ejecución de la obligación a su cargo.

Dentro de este orden de ideas, resulta interesante, en términos de ejercicio intelectual, establecer diferencias conceptuales entre ambos términos, pero en lo

2766 Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, p. 51.

2767 La posición de Exner, que distingue el caso fortuito de la fuerza mayor, y de cuya distinción se imputa responsabilidad al deudor que incumple (si éste ha incurrido en caso fortuito), constituye la excepción a lo señalado, pero siempre se mantiene en el plano teórico, no siendo recogido por la norma positiva.

que respecta a su utilidad jurídica podría constituir hasta un elemento de confusión y entorpecimiento de los fines que se busca alcanzar[2768].

Borda[2769] señala que al acreedor le basta con probar el incumplimiento para demandar daños y perjuicios. Pero como la responsabilidad contractual está ligada a la culpa, el deudor puede eximirse de la obligación de reparar los daños y perjuicios probando que la inejecución obedece a un caso fortuito o de fuerza mayor.

Agrega que según la clásica definición del artículo 514 del Código Civil argentino, caso fortuito es el que no ha podido preverse o que no ha podido evitarse.

El primer problema que se presenta en esta materia, según Borda, es si caso fortuito y fuerza mayor son conceptos sinónimos, o, por el contrario, designan ideas distintas. Precisa que en esta vieja cuestión ha ocurrido un hecho curioso: que mientras los autores se empeñan en mantener la distinción conceptual, la jurisprudencia y el lenguaje usual entre los hombres de leyes tiende a asignarles idéntico significado.

Giorgi[2770] expresa que además de la inútil distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, los intérpretes y tratadistas quisieron hacer otras no menos inoportunas: divino, natural, humano, animal, fluvial y así sucesivamente; o bien derivado a *rebus superioribus*, *a rebus superioribus inanimatis*, *ab hominibus*, los casos fortuitos y los repentinos, los previstos y los imprevistos, los de derecho y los de hecho, etcétera.

Para Giorgi, estas distinciones carecen de exactitud científica y de importancia práctica. Suponiendo que un accidente sea imprevisible o inevitable —dice—, nada importa que él obedezca a las fuerzas de la naturaleza sin intervención del hombre, como el rayo, el granizo, el terremoto, los animales salvajes, la alteración natural de las cosas, o bien a un hecho del hombre, como la guerra, el bandolerismo, el robo, el hurto. Si no es imprevisible, o al menos inevitable, teniendo en cuenta las circunstancias, no será nunca, propiamente hablando, un caso fortuito.

Al respecto, Busso[2771] comenta que si en determinada circunstancia el deudor realmente quisiera extender su responsabilidad más allá de lo que le impone la ley (y tal extensión debe considerarse lícita en principio), no obsta el dogma de que no hay responsabilidad sin culpa, porque en tal supuesto el deudor voluntariamente ha querido responder también del hecho extraordinario. Pero todo depende, según Busso, de la interpretación que deba darse a la intención de las partes, y desde este punto de vista resulta efectivamente dudoso que el deudor

2768 Ciertamente, nos parece en algunos casos incluso ocioso el afán de clasificar y distinguir ambas nociones, llegando al absurdo de encontrar quienes proclaman diferencias entre el caso fortuito como el evento «extraordinario» y la fuerza mayor como el evento «más extraordinario».

2769 Borda, Guillermo A. *Op. cit.*, tomo I, p. 117.

2770 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, pp. 39 y 40.

2771 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 326.

haya querido responsabilizarse de tal modo, a menos que lo haya expresado en una forma inequívoca. Por lo general, opina que al llamado pacto de responsabilidad no se le debe atribuir otro sentido que éste: que el deudor ha querido dar una especial promesa de garantía al acreedor, es decir, asegurarle el éxito de la operación. Esa garantía implica que el deudor asume los riesgos que, aunque de modo imprevisible, puedan provenir de su propia empresa, pero no de los que tengan su causa en hechos ajenos a ésta.

Resulta interesante la apreciación de Boffi Boggero[2772], quien enseña que las nociones estudiadas han estado históricamente vinculadas de modo íntimo con la culpa. Si bien el caso fortuito o la fuerza mayor son filosóficamente distintos, la ley les atribuye consecuencias jurídicas idénticas, de modo que la doctrina se halla acostumbrada a identificarlos. El examen de ambas figuras se realiza comúnmente en este sitio, como causas de inculpación o inculpabilidad, sin defecto de que pueda reconocerse su vínculo con la relación causal o con la justificación.

Boffi Boggero prefiere seguir el método que lo ubica como elemento de la inculpabilidad, juntamente con el error excusable —sea espontáneo, sea provocado por dolo— y la coacción física o moral, sobre todo pensando que se trata de explicar el retardo y el incumplimiento excusables, ya que el Código argentino lo legisla a continuación del dolo y de la culpa (además, el Código combina permanentemente, hasta confundirlos a veces, los elementos culpa y relación causal). El deudor diligente no cumplió y causó daño, pero por obra del caso fortuito o de la fuerza mayor lo hizo sin culpabilidad.

Compartimos las reflexiones de Boffi Boggero, mas nos sentimos inclinados hacia la contundente opinión de Giorgi[2773], quien señala que carece de significación jurídica establecer diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Además, las distinciones entre ambos conceptos, según los más autorizados romanistas, parecen irreconciliables con los pasajes textuales que los usan como sinónimos.

La tendencia dominante de la doctrina[2774] y de la jurisprudencia asimila ambas nociones debido a que producen el mismo efecto jurídico: la liberación del deudor.

Como refiere Llambías[2775], la diversidad de conceptos responde a dos ideas distintas; lo fortuito proviene del azar o casualidad, que es la combinación de circunstancias que no se pueden prever ni evitar y cuyas causas se ignoran; y la

2772 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 223 y 224.

2773 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, p. 34.

2774 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo IV, p. 561; Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo I, volumen I, p. 43; Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, vol. II, p. 34; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo IV, p. 716; Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 239; Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 123; Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 180; Alfredo Colmo citado por Borda, Guillermo. A. *Op. cit.*, tomo I, p. 118; entre muchos otros.

2775 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 230.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fuerza mayor alude a la acción ajena incontrastable que la voluntad del deudor no puede superar. Tal diversidad de ideas se encontraba presente en el Derecho romano y en los antiguos Derechos francés y español, pero luego de la sanción del Código Napoleón, sólo los exégetas Demolombe y Marcadé siguieron insistiendo en la distinción, si bien aclarando que carecía prácticamente de interés. Llambías cita a Demolombe: «Esta distinción es, seguramente exacta [...] pero se los ve, al contrario, empleados uno por otro y confundidos en el mismo significado, sea en los libros de jurisprudencia, sea en los textos de la ley»; y también cita a Marcadé: «Cuando se los quiere distinguir, es menester decir que el caso fortuito provendrá del hecho de otros hombres [...]. Pero esa distinción no tiene aquí ninguna utilidad».

Nada importa, en definitiva, si el evento reúne las condiciones que después anotamos, que él provenga de fuerzas de la naturaleza o de hechos del hombre, de un acto de la autoridad o de causas anónimas inherentes a la propia explotación industrial.

El caso fortuito o fuerza mayor, desde el punto de vista objetivo, es un acontecimiento extraordinario, imprevisible e inevitable. Desde el punto de vista subjetivo, se trata de un hecho en el que hay ausencia de voluntad directa o indirecta. No hay autoría moral. Y como nadie puede ser obligado sino en la medida de sus fuerzas y de su libertad, los hechos acaecidos por causas extraordinarias, imprevisibles e inevitables, extrañas a la voluntad, eximen de responsabilidad al deudor.

2.3. Condiciones y/o caracteres del caso fortuito o fuerza mayor

2.3.1. Que el acontecimiento sea extraordinario

El caso fortuito o de fuerza mayor debe revestir la característica de «anormal», es decir, las circunstancias en que se presenta deben ser extraordinarias y no ordinarias ni «normales».

Según la Real Academia Española, extraordinario significa: «(Del lat. *extraordinarius*) adj. Fuera del orden o regla natural o común. [...]»[2776].

Algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común. Lo contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos en que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Invade temporalmente el espacio de lo común, de lo ordinario. Vemos que este concepto va seriamente ligado a la impredictibilidad o imprevisibilidad.

2776 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo ix, p. 695.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

A modo de ejemplo, un robo puede constituir un caso fortuito o de fuerza mayor si se presenta en circunstancias extraordinarias y no ordinarias ni «normales», como por ejemplo en el interior de una custodiada embajada, en tanto que, si el suceso acaece en una zona de reputada peligrosidad, en la cual lo «normal» o habitual es que ocurran actos delincuenciales, ya el supuesto se aleja —y hasta contrapone— de lo extraordinario, no configurando la condición de fuerza mayor o caso fortuito.

Por último, no se debe confundir lo extraordinario con lo irresistible, ya que un evento puede ser imposible de resistir, pero no encontrarse al interior de la esfera de lo extraordinario. Por ejemplo, si como consecuencia de una tempestad se pierde la mercadería que viajaba a bordo de un barco, es menester determinar primero si se trata de un mar normalmente pacífico o si se trata de aguas ordinariamente asoladas por tempestades. Resulta evidente que en el primer caso sí se configuraría el presupuesto de la extraordinariedad del evento y, por ende, formaría parte del concepto de caso fortuito o fuerza mayor, eximiendo de responsabilidad a quien tiene una obligación respecto del bien dañado o perdido. En el segundo caso, en cambio, al no tratarse de un acontecimiento extraordinario, el sujeto obligado sí responde[2777].

La Casación n.º 204-99-Lima, de fecha 14 de julio de 1999, establece que la emisión de un Decreto de Urgencia es un evento extraordinario e irresistible, «*Tercero.*- Que, lo que produjo el problema e impidió el ingreso al Puerto del Callao de los vehículos fue la promulgación del Decreto de Urgencia Nº 005-96, que en su Art. 1º suspendió la importación de toda clase de vehículos usados de transporte terrestre, con la excepción contemplada en el Art. 2º de los que se encuentren en tránsito al Perú antes de la vigencia de dicho dispositivo la que debía ser acreditada con el conocimiento de embarque limpio a bordo, de aquellos que se encuentran en el territorio nacional, las importaciones que realicen los miembros del servicio diplomático y las donaciones que reciba o las importaciones que efectúe el sector público. *Sétimo.*-Que, la promulgación del Decreto de Urgencia Nº 005-96, constituye un hecho extraordinario, porque lo ordinario en el Perú es la libre importación de bienes; imprevisible porque nadie podía suponer la expedición de tal dispositivo e irresistible, porque era de obligatorio cumplimiento, con lo que se configura la fuerza mayor y que el Art. 1315 del Código Civil ha sido aplicado debidamente para el caso concreto».[2778]

2777 Sobre el particular, Lafaille (Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, volumen I, p. 181) expresa que las crecientes en determinadas regiones, como la sequía en otras, los aludes o los deshielos en algunas, suceden con tal frecuencia que dentro de una previsión común debe contarse con esto, lo mismo que con las invasiones de langosta en las zonas agrícolas. Para exonerar de responsabilidad, deben exceder de esos límites y asumir excepcional importancia.

2778 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2.3.2. Que el acontecimiento sea imprevisible

La imprevisibilidad, como mencionamos anteriormente, se relaciona con el carácter de extraordinariedad. Son dos conceptos, dos características, que van juntas.

El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad.

Este punto es bastante delicado, ya que resulta fácil entrar en el campo de las subjetividades. Pero, por otro lado, aplicar aquí un criterio objetivo puede acarrear un desbalance desmesurado que implicaría injusticia e inseguridad. Por ello, la pregunta ¿qué es normalmente previsible? reviste mayor complejidad de lo que a primera vista pudiera aparentar y, por lo tanto, amerita un análisis serio y reflexivo, diríamos que casi casuístico.

Revisemos primero algunas autorizadas opiniones que se han emitido sobre el particular.

Lafaille[2779] señala que para constituir una causa oponible se debe escapar a la prudencia media de las personas, por lo que de aplicarse esta última cualidad al cumplimiento de los compromisos no podría invocarse tal excusa, pues el caso fortuito debe ser inopinado. El mismo autor sostiene que cabe decir lo propio de aquellas hipótesis en que no es dado impedir sus consecuencias, aunque hubieran podido ser tomadas en cuenta.

Por su parte, Boffi Boggero[2780] añade que el carácter de la imprevisibilidad indica que el acontecimiento no es razonablemente previsible, lo que surge de una serie de elementos de hecho que debe computar equilibradamente el órgano jurisdiccional: naturaleza de la obligación, intención de las partes, circunstancias de personas, tiempo y lugar, etcétera.

Ospina Fernández[2781] indica que la misma expresión «caso fortuito» denota idiomáticamente un acontecimiento extraño, súbito e inesperado, por lo tanto, si el hecho ya existía al tiempo del contrato y era conocido o cognoscible por un deudor diligente, o si éste razonablemente hubiera podido preverlo en el futuro, por ser acontecimiento normal o, a lo menos, de frecuente acaecer, la ocurrencia de ese hecho no constituye caso fortuito ni libera la responsabilidad, bien sea porque el deudor, habiendo podido preverlo, ha incurrido en culpa al no tratar de conjurarlo, o bien porque ha procedido temerariamente al obligarse en tales condiciones.

2779 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, volumen I, p. 181.
2780 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, pp. 226 y 227.
2781 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 117-119.

Al igual que Boffi Boggero, Ospina Fernández opina que esta imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juez debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento o, por el contrario, su rareza y repentividad: si tal acontecimiento es frecuente y, más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito, porque el deudor razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo, de no creer que podría evitarlo. Y, por el contrario, si se trata de un acontecer de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico.

Ospina Fernández señala que algunos ejemplos y aplicaciones muestran el uso del preindicado criterio de apreciación que suelen hacer de modo riguroso la doctrina y jurisprudencia.

Siendo la imprevisibilidad elemento esencial del caso fortuito, Ospina Fernández manifiesta que tal elemento ha de apreciarse singularmente en cada situación concreta; el criterio para el efecto debe ser la rareza y repentinidad del evento, pues ha de partirse del supuesto de que una persona diligente y cuidadosa en sus negocios debe prever los hechos normales, o frecuentes, o probables, según la naturaleza de dichos negocios, máxime si ella se ocupa habitualmente de éstos, en forma que, al obligarse, es de presumir que asume los riesgos inherentes a ellos y que espera superarlos, ya que en el ordenamiento civil colombiano no tiene acogida la teoría de la imprevisión.

En cuanto a la aptitud del deudor para prever el hecho que obsta al cumplimiento de la obligación, Llambías agudamente señala que no se trata de pedirle a éste una dosis adivinatoria de lo que podría acontecer, sino que haya empleado todas las precauciones ordinarias, pues de no hacerlo habría culpa de su parte. Refiere que, en este sentido, los tribunales «[...] han decidido que no son imprevisibles los hechos que derivan de acontecimientos normales, como la rotura de un caño subterráneo causada por la presión del tránsito en el lugar, el derrumbe del parapeto de una azotea provocado por una tormenta, la rotura de la dirección de un automóvil, o del eje de un vehículo, o el desprendimiento del aro de una de sus ruedas, o la caída de un sifón de un carro»[2782].

También Alterini, Ameal y López Cabana[2783], al tratar acerca del requisito de imprevisibilidad, consideran que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio.

Vemos que la imprevisibilidad camina al lado de los deberes de diligencia, prudencia, cuidado. Esto quiere decir que el evento no sólo debe revestir

2782 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 232 y 233.
2783 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 391.

la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.

Esa conducta puede referirse a un patrón estándar objetivo del hombre medio (exigiendo al agente que actúe con la diligencia o prudencia común a cualquier hombre), o ser de corte subjetivo, como evaluar las posibilidades de previsión del deudor en cada caso específico, es decir, atendiendo a las condiciones personales del agente. La capacidad humana de previsión no es ilimitada, y ciertamente las limitaciones varían de un sujeto a otro. No se puede exigir o siquiera esperar el mismo nivel de previsión respecto de la posibilidad de un especialista que de un neófito en la materia.

Creemos, en suma, que independientemente del criterio objetivo de la diligencia o cuidado estándar o común a cualquier hombre (esto como punto de partida o eje básico), también se debe evaluar las circunstancias particulares de cada caso, ya que, reiteramos, no se puede exigir la misma dosis de previsión a todos por igual, pudiendo en algunos casos ampliarla y en otros estrecharla, en función a la naturaleza de la obligación, conjuntamente con las cualidades personales del deudor que incumple la obligación.

2.3.3. Que el acontecimiento sea irresistible

El que un evento sea irresistible[2784] quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.

Esta noción tampoco es simple, aunque a primera vista lo aparenta. Reviste también peculiaridades o complejidades que es menester tomar en consideración a fin de no incurrir en arbitrariedades.

Un factor de suma relevancia es el económico, por ejemplo. Para un deudor con recursos es más factible —en determinados casos— afrontar un obstáculo que para otro que carece de ellos. La imposibilidad, entonces, muchas veces resulta relativa. Va a depender, una vez más, de las condiciones personales del deudor, situación que se debe evaluar a la luz de un criterio que no adolezca de estrechez.

2784 Según la Real Academia Española, irresistible es lo que no se puede resistir, y resistir es «1. tr. Tolerar, aguantar o sufrir. 2. tr. Combatir las pasiones, deseos, etc. U. t. c. prnl. 3. intr. Dicho de un cuerpo o de una fuerza: Oponerse a la acción o violencia de otra. U. t. c. tr. y c. prnl. 4. intr. Dicho de una persona o de un animal: pervivir. Este coche todavía resiste. 5. intr. Dicho de una cosa: durar (continuar sirviendo). 6. intr. Repugnar, contrariar, rechazar, contradecir. 7. prnl. Dicho de una persona: Oponerse con fuerza a algo. Se resistió a ser detenido. 8. prnl. Dicho de una cosa: Oponer dificultades para su comprensión, manejo, conocimiento, realización, etc. Este problema se me resiste». (Real Academia Española. *Op. cit.,* tomo xi, p. 882).

Ciertamente, hay casos en los que la irresistibilidad es común para todos, siendo indiferente las distintas cualidades intrínsecas a cada individuo. Es el caso del impedimento de fuerza mayor derivado de una ley de carácter general. Aquí, si se prohíbe, por ejemplo, la importación de bicicletas a fin de favorecer la industria nacional, el deudor de un lote de este producto que se obligó a importarlo no podrá cumplir con su prestación, y será inimputable por dicha inejecución. Claro que en este supuesto (como en todos) debe concurrir el factor imprevisibilidad, ya que si el agente conocía o tenía los elementos necesarios para conocer la probabilidad de la dación de esta norma imperativa (difusión en los periódicos, noticieros, etcétera), entonces será responsable ante su acreedor.

Si un agente se obliga a acudir a una importantísima conferencia, en calidad de ponente principal, y esta conferencia va a tener lugar en una ciudad que siempre se encuentra sumergida en neblina y, por lo tanto, es muy frecuente que el aeropuerto cierre sus pistas de aterrizaje, entonces ciertamente si el avión no aterriza por causa de la falta de visibilidad estaremos ante un evento irresistible (ya que el pasajero conferencista no puede evitarlo), pero siendo perfectamente previsible, no se configura el caso fortuito o de fuerza mayor, puesto que debió tomar sus precauciones y reservar más de un vuelo. En este caso, entonces, el deudor será responsable de su incumplimiento si no llega a la conferencia.

Boffi Boggero[2785] señala que lo irresistible es lo inevitable, elemento fundamental desde que tanto lo previsible cuanto lo imprevisible exime al deudor si resultan inevitables. Es evidente, según Boffi Boggero, que lo inevitable va implícito en lo imprevisible. Por ello, si al contraer la obligación el deudor sabía que el acontecimiento irresistible debía producirse según el curso ordinario y natural de las cosas, estamos en el campo de la responsabilidad porque el acontecimiento era previsible.

En este sentido, Ospina Fernández[2786] indica que, así como la expresión caso fortuito traduce la necesaria imprevisibilidad de su ocurrencia, la de fuerza mayor, empleada como sinónima de aquélla en la definición legal colombiana, relieva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: el ser fatal, irresistible, incontrastable hasta el punto de que el deudor no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Si éste, a sabiendas, embarca lo debido en nave averiada que zozobra; si temerariamente se expone a la acción del enemigo o de bandoleros que operan en una comarca perturbada por la violencia; si conoce ilícitos que lo coloquen a merced de la autoridad; si no toma las medidas indispensables para evitar el inminente incendio o la inundación de la propiedad arrendada, etcétera, incurre en falta excluyente del caso fortuito, a pesar de que tales hechos puedan ser calificados en sí como extraños y dominadores. Anota que hay fuerza mayor cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más

2785 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 227.
2786 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 120 y 121.

difícil u oneroso que lo previsto inicialmente. La misma expresión fuerza mayor está indicando, según Ospina Fernández, que ésta debe ser insuperable, que debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación objetivamente considerada y no con relación a las condiciones particulares del deudor.

Añade que el principio general de Derecho, conforme al cual no hay obligación a lo imposible *(ad imposibilia nulla obligatio est),* preside tanto el nacimiento de las obligaciones como su extinción por caso fortuito. La imposibilidad del objeto de un acto jurídico, proveniente de ser las prestaciones de éste contrarias a las leyes de la naturaleza, o a las normas legales imperativas, o al orden público, o a las buenas costumbres, es causal de ineficacia de dicho acto, bien sea porque el vínculo jurídico no puede formarse sobre un objeto físicamente imposible, como la entrega de un ser mítico o tocar el cielo con la mano, o bien por la ilicitud de tal objeto, o sea, por su imposibilidad moral, como cuando se estipula la comisión de un delito, lo que apareja la nulidad absoluta de ese pacto. De la propia manera, agrega, si después de nacida una obligación válida, su cumplimiento se hace imposible a consecuencia del hecho extraño imprevisto y que supera la buena intención y la diligencia del deudor, dicha obligación se extingue, quedando este último liberado de responsabilidad frente al acreedor, quien así corre el riesgo del caso fortuito.

Sin embargo, el mismo autor señala que la ponderación de la imposibilidad de la prestación debida para determinar la extinción de la obligación requiere mayores precisiones. Dicha imposibilidad ha de ser absoluta: si el deudor pudo evitar el hecho o superar sus consecuencias, realizando mayores esfuerzos y sacrificios, el incumplimiento le es imputable y compromete su responsabilidad. Igualmente, la imposibilidad debe ser permanente y no meramente transitoria: si el obstáculo sólo reviste esta última característica, libera al deudor de la correspondiente indemnización moratoria, pero no de ejecutar la prestación debida una vez que haya desaparecido el obstáculo para hacerlo.

Alterini, Ameal y López Cabana[2787] señalan, refiriéndose al requisito de irresistibilidad, que ésta se da cuando el deudor no puede evitar el acaecimiento del evento, no obstante realizar todos los esfuerzos posibles. En tanto la irresistibilidad se refiere al hecho mismo, la imprevisibilidad antes mencionada versa sobre su causa generadora.

La jurisprudencia ha tratado también sobre estos conceptos. Veamos la Casación n.° 1520-98-Callao, de fecha 20 de mayo de 1999, «Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible o irresistible. *Quinto.* El artículo 1315 del Código Civil define como caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario,

2787 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, pp. 391 y 392.

imprevisible o irresistible, que impide la ejecución de la obligación, o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. *Sexto.* Extraordinario es aquello fuera de lo común, imprevisible es aquello que no puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano; e irresistible es aquello a lo que no se puede oponer, por ser superior a los recursos y posibilidades de contención. *Sétimo.* El profesor Felipe Osterling precisa que el caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales, en cambio la fuerza mayor involucra actos de terceros, como los atribuidos a la autoridad que las características de extraordinario, imprevisible e irresistible constituyen simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia y comprenderá el examen de todas las circunstancias del caso analizado».[2788]

En suma, podemos decir que si el deudor, considerado dentro de la circunstancia que le es propia, es decir, atendiendo a sus condiciones o limitaciones personales en relación con la naturaleza del impedimento, no ha sido capaz de resistir el evento que impide el cumplimiento de la obligación a su cargo, y además no ha podido preverlo, es inimputable y, por lo tanto, estará libre de responsabilidad.

2.3.4. Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación

Ya hemos analizado las características del evento en sí mismo para considerarlo caso fortuito o de fuerza mayor. El acontecimiento tiene que revestir las condiciones de extraordinario, imprevisible e irresistible. Reuniendo estas calidades, el hecho configura el concepto.

Sin embargo, tiene que existir una conexión causal entre el evento y la inejecución, lo que equivale a decir que el caso fortuito o de fuerza mayor debe impedir al deudor la ejecución o determinar el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación a que está obligado. En otras palabras, la incidencia entre el acontecimiento y el incumplimiento debe ser directa. Y este impedimento debe ser absoluto, ya que, si no lo impide y sólo lo obstaculiza en términos relativos, no libera al deudor de responsabilidad, pues no se produce la fractura del nexo causal de responsabilidad.

Si el caso fortuito o de fuerza mayor no impiden absolutamente el cumplimiento del deudor, entonces se trataría solamente de un evento de alguna forma aislado, ya que no configuraría en realidad el presupuesto del caso fortuito o de fuerza mayor, al menos para el incumplimiento del que venimos tratando.

Debe, pues, sobrevenir la imposibilidad absoluta de cumplir la prestación, de modo que, si el cumplimiento fuese posible en parte, ésta deberá cumplirse de todas maneras. Cuando no es imposible el cumplimiento de la prestación, sino

2788 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

que se la transforma en una excesivamente onerosa, se está frente al fenómeno de la imprevisión, pero no ante el caso fortuito o fuerza mayor.

Alterini, Ameal y López Cabana[2789], al tratar acerca del requisito de insuperabilidad, señalan que éste significa que, como consecuencia del hecho acaecido, al deudor le sea absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación; y tal característica diferencia al caso fortuito de la imprevisión, ya que en ésta el cumplimiento no es imposible sino sólo muy dificultoso.

De igual parecer es Llambías, quien también considera que no se trata de un caso fortuito aquél que con las demás características del caso fortuito, no obste al cumplimiento, sino solamente lo torne «dificultoso», ya que mientras exista una posibilidad de cumplir subsiste el deber del obligado y la consiguiente responsabilidad por la inejecución[2790].

Ahora bien, ¿qué es imposible y qué es sólo dificultoso? Estos términos también revisten una cierta ambigüedad, ya que hay casos en que para algunos el cumplimiento deviene en extremadamente dificultoso, mientras que para otros es imposible. Es decir, ¿cuál es el límite de esta imposibilidad absoluta? Volvemos, en este punto, a nociones ya recurridas a lo largo de nuestro análisis: debe haber exención de culpa, es decir, el deudor debe realizar todo cuanto le sea posible para cumplir sus obligaciones. Su diligencia está en observación. Esta exigencia es sumamente alta, ya que en determinadas situaciones el esfuerzo del deudor, en caso de presentarse un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que dificulte ostensiblemente el cumplimiento de su obligación (pero que no lo impida en forma absoluta), será desproporcionado en relación con la prestación en sí misma, es decir, que su costo se habrá elevado (para él) en términos de dedicación, dinero o esfuerzo de manera desmesurada. No obstante, tal exigencia es considerada válida en una sociedad basada en la autonomía de la voluntad, en la cual se otorga una importancia vital a los contratos (*pacta sunt servanda*).

Llambías[2791] señala que en este sentido la excesiva onerosidad del pago no constituye un caso fortuito, pero puede dar lugar a la rescisión del contrato originario de la obligación que se ha tornado excesivamente gravosa para el deudor[2792], por la vía de la teoría de la imprevisión, y que al respecto la jurisprudencia ha decidido que no configuran caso fortuito o de fuerza mayor: el aumento de las tarifas ferroviarias u otras dificultades en el transporte, el establecimiento de un impuesto a la exportación que recarga sobremanera la prestación comprometida sin impedir que se cumpla, la escasez de película virgen en el mercado —pero si

2789 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 391.

2790 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 236.

2791 *Idem.*

2792 Para el sistema peruano, la excesiva onerosidad de la prestación no da lugar a la rescisión del contrato sino a su posible resolución, o a la reducción o ámbito de la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad (artículo 1440 del Código Civil).

la existencia de ese material se ha agotado en plaza y su adquisición es imposible, hay caso fortuito—.

En efecto, no se trata de avalar un desbalance de las prestaciones entre deudor y acreedor, en claro perjuicio del deudor, a quien un evento imprevisible, extraordinario e irresistible ha colocado en situación de extrema dificultad para cumplir con su prestación. Para este tipo de eventualidades existen figuras como la excesiva onerosidad de la prestación, regulada por nuestro Código Civil a fin de recuperar el equilibrio de las prestaciones —siempre en función a los términos del contrato—. Pero en cuanto al tema que nos atañe, el caso fortuito o fuerza mayor, como presupuestos de exención de responsabilidad por inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, necesariamente debe contener la imposibilidad absoluta y no relativa de cumplimiento.

2.3.5. Que el acontecimiento sea actual

El evento no debe ser potencial, es decir, no debe entrañar un peligro, sino debe ser actual, vale decir, que ya ha acontecido al momento en que corresponde al deudor ejecutar su prestación.

No basta, pues, un hecho simplemente posible. Así, la sola amenaza de un boicot no entraña un caso de la figura que estamos analizando[2793].

En tal sentido, Alterini, Ameal y López Cabana[2794] anotan, al referirse al requisito de actualidad, que se debe tratar de un acontecimiento actual y presente, ya acaecido o que acaezca al momento del incumplimiento; no reviste tal característica cuando se presenta con posterioridad a la época predicha, ni alcanza con que sea sólo inminente.

Para que se configure un impedimento —señalan los citados profesores—, éste debe ser real, inobjetable, cierto; debe existir en el momento presente, ya que de lo contrario sólo se estaría hablando de eventualidades, de posibilidades y hasta de suposiciones.

Agregan que el hecho de que no se admita que el evento se encuentre en el terreno de la posibilidad, no quiere decir que no se tomen en consideración las circunstancias particulares de cada caso. Hay amenazas y peligros que surgen en forma extraordinaria, y aunque no se hayan producido estrictamente hablando, su inminencia y riesgo a la persona del deudor o a la colectividad sí son reales. Por ejemplo, si se sabe que va a haber un huracán en el transcurso de las próximas dos horas —este conocimiento llegó con posterioridad a la asunción de la obligación y justamente en el momento en que debía ejecutarse la prestación—, y hay

2793 Citado por Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo II, p. 227. También véase Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 235.

2794 Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 392.

una conferencia programada en ese mismo lapso, en el piso decimoquinto de un edificio en Miami con vista al mar, el expositor podría negarse a presentarse. No sería razonable someterse a semejante peligro[2795].

2.3.6. Que el acontecimiento sea sobreviniente

El evento debe suceder con posterioridad al nacimiento de la obligación, es decir, debe ser sobreviniente a la constitución de ella.

La razón de este requisito es muy simple, ya que, si dicho impedimento existía en la época del nacimiento de la obligación, ésta nunca se constituyó válidamente por imposibilidad de su objeto[2796].

2.3.7. Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor

Si el acontecimiento deriva de la actividad voluntaria del deudor, es decir, si se relaciona con su persona, se ingresa al terreno de la responsabilidad, ya que sería injusto que dicho deudor pretendiese desligarse de tal responsabilidad respecto de las derivaciones de algo que le atañe o concierne.

Una primera precisión al respecto, gira alrededor de lo que se considera como actos o hechos derivados de la voluntad del deudor. La voluntad del deudor debe encontrarse ausente, y no así su persona directamente, pues hay hechos que tienen directa relación con la persona física del deudor y que impiden el cumplimiento de la prestación a su cargo, pero no forman parte de su voluntad. Es el caso de la enfermedad contraída en forma involuntaria[2797], la cual es un hecho ajeno a él (a

2795 La doctrina observa que en la estimación de este requisito deben valorarse prudentemente las circunstancias, lo que lleva a aprobar la conducta del director de un teatro que suspende la función por haberse producido en la calle manifestaciones hostiles contra el autor de la pieza a representar (caso Lamoreux, resuelto por la Corte de Casación francesa el 3 de diciembre de 1890, D. 1892.1.127). Anotan los autores que en aquel caso se invocó eficazmente la fuerza mayor, por no ser razonable que para ello hubiera que esperar la invasión y destrucción de la casa por la multitud enardecida, máxime si el deudor, al cerrar el teatro, hacía con ello sacrificios considerables (Alterini, Atilio Aníbal, Oscar José Ameal y Roberto López Cabana. *Op. cit.*, tomo I, p. 393).

2796 Como sabemos, el objeto del acto jurídico debe ser posible, ya que lo contrario acarrea su nulidad: Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2.- *Objeto física y jurídicamente posible.*
3.- Fin lícito.
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

2797 Se puede pensar a priori que toda enfermedad se contrae involuntariamente, pero ello no es así, ya que no resulta inverosímil que se presente el caso de que un deudor, deseoso de incumplir su obligación y exonerarse de responsabilidad (aquí habría dolo), o en forma simplemente imprudente (culpa), permita el contagio de algún virus que le impida cumplir. Por ejemplo, el deudor de una prestación de hacer que revista la calidad de *intuitu personae* podría exponerse a un contagio innecesario y caer en cama. La diligencia también debe observarse en estos casos. Un cantante que dos días antes de su actuación se va a patinar sobre hielo o a esquiar es negligente. En estos casos sí estaría comprometido a responder.

su voluntad), configurando caso fortuito. También un accidente al cual se expuso en forma involuntaria constituye caso fortuito, salvo que voluntariamente y a sabiendas del riesgo se hubiese expuesto[2798].

En síntesis, el acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor debe originarse en una causa extraña a su libre voluntad. Se trata, pues, de un hecho que no proviene directamente de su persona, ni tampoco de un acto que él no realice en uso de su libertad, discernimiento, conciencia, voluntad o intención.

Para que el acontecimiento se configure como caso fortuito o fuerza mayor es necesario que sea imprevisto e irresistible para el deudor y, además, independiente de su voluntad. La imprevisibilidad e irresistibilidad le conceden el atributo adicional de extraordinario.

Pero ¿las características de imprevisibilidad e inevitabilidad funcionan concurrentemente? ¿Es necesario, acaso, que el deudor no haya previsto y que además no haya podido resistir? ¿O basta, en caso de que haya sido previsto el acontecimiento, que sea inevitable?

La Corte de Casación francesa es enfática al exigir el concurso de las dos condiciones. Colin y Capitant[2799], Planiol y Ripert[2800], Henri, Léon y Jean Mazeaud[2801], Salvat[2802] y Alessandri y Somarriva[2803] comparten el mismo criterio.

Giorgi[2804] define el caso fortuito como «un acontecimiento independiente del hecho del deudor, no previsible o por lo menos no evitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación», aunque después le atribuye las características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

2798 Se entiende que no toda actividad calificada como riesgosa se considera como causa de imputabilidad, pues conducir un automóvil (para la responsabilidad extracontractual objetiva) se considera riesgoso, pero no se puede pretender que el deudor se abstenga de conducir, ya que ello constituye práctica común. Se debe tratar de actividades fuera del ámbito de lo cotidiano en términos generales y también personales relativos al deudor. Un bombero estaría exento de responsabilidad por accidente derivado de su actividad como tal, pero no así el caso de un individuo común que no tiene costumbre de realizar tales actividades. Si un pintor obligado a pintar un retrato en el lapso de un mes decide probar técnicas de karate, y como resultado de ello se rompe un hueso de la mano con la que trabaja sus pinturas, sí habría sido negligente y su incumplimiento sería imputable.

2799 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Op. cit.*, tomo III, p. 26.

2800 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VII, segunda parte, p. 154.

2801 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 319.

2802 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 154.

2803 Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Nascimiento, 1941, tomo III, p. 184.

2804 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen I, p. 36.

Josserand[2805], por su parte, afirma que «sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor [...]».

Colmo[2806] expresa que el caso fortuito o fuerza mayor consiste en el hecho de que el deudor no cumpla su obligación «por virtud de obstáculos insuperables, ya por imprevisibles, ya por inevitables». Esta definición coincide, además, con el texto del artículo 514 del (hoy derogado) Código Civil argentino («[...] el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse»).

Y Lafaille[2807] participa de los mismos conceptos: «Cabe decir lo propio de aquellas hipótesis en que no es dado impedir sus consecuencias, aunque hubiera podido ser tomado en cuenta».

La fórmula más adecuada parece ser la primera, aquélla que exige la concurrencia de los elementos de imprevisibilidad e inevitabilidad para el deudor, aun cuando Calixto Valverde y Valverde piense, en nuestra opinión sin fundamento, que el hecho inevitable es siempre imprevisto. «Basta decir que el hecho es inevitable, para estar comprendido el concepto de imprevisto, ya que la inevitabilidad o irresistibilidad comprende forzosamente la hipótesis del hecho que escapa a toda previsión humana»[2808].

Aclaremos que la previsión debe considerarse al tiempo de contraerse la obligación, a diferencia de la resistibilidad que se presenta al momento de cumplirla. Si el acontecimiento fuera irresistible desde el momento en que se contrajo la obligación, el acto jurídico sería nulo a tenor del artículo 219, inciso 3), del Código Civil, porque tendría objeto imposible[2809].

Señala la doctrina que en la práctica se presentan numerosos casos en los cuales la existencia o inexistencia del caso fortuito o fuerza mayor puede ser materia de dudas. Como regla general se puede decir que desde el momento que falte cualquiera de las condiciones, el caso fortuito o la fuerza mayor no existen. Así, Raymundo M. Salvat[2810] cita los siguientes ejemplos:

(a) Inejecución de una obligación en el tiempo convenido, alegándose como caso fortuito o de fuerza mayor la disminución de las horas diarias de

2805 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 341.

2806 Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 91.

2807 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 182.

2808 Valverde y Valverde, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español.* Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta, 1925, tomo III, p. 91.

2809 Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:
[...]
3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
Este precepto concuerda con el artículo 140 del mismo cuerpo legal, ya citado, en el que se define y enumera los requisitos de validez del acto jurídico.

2810 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 166-168.

despacho aduanero y descarga con motivo de epidemia. Esta disminución de horas podría —según Salvat—, evidentemente, dar lugar a dificultades, pero no constituiría un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación dentro del plazo estipulado, justificándose por esto que la defensa de caso fortuito o fuerza mayor fuese desestimada.

(b) En opinión de Salvat, no constituyen tampoco un caso fortuito o de fuerza mayor las dificultades que hayan sobrevenido a una sucesión, para proveerse de fondos para efectuar el pago de las obligaciones del causante, pues no hay tampoco en esta hipótesis obstáculo insuperable.

(c) Igualmente —dice Salvat—, la imposibilidad para una empresa de transportes, especialmente para las compañías de ferrocarriles, de efectuar en condiciones regulares el transporte de todas las cargas a consecuencia de un exceso de producción, no constituye un caso fortuito o de fuerza mayor. Recuerda que la jurisprudencia de los tribunales argentinos se ha pronunciado en este sentido y esta jurisprudencia debe, en su opinión, ser mantenida: 1° porque el exceso de producción puede constituir una dificultad para el transporte regular de todas las cargas, pero no constituye un obstáculo insuperable, que haga materialmente imposible la ejecución de la obligación dentro de los plazos reglamentarios; 2° porque ella consulta debidamente los bien entendidos intereses económicos del país. Agrega que dentro de un orden de ideas semejantes se ha juzgado también que la insuficiencia del material rodante en razón de la imposibilidad de reponerlo por las dificultades de la guerra, tampoco constituye un caso fortuito o de fuerza mayor; y con mayor razón faltando esa circunstancia.

(d) Tampoco debe admitirse —según Salvat— la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, al menos en principio y salvo circunstancias especiales, en la hipótesis de roturas o descomposturas de máquinas o en el de estallido de calderas. No puede decirse que se trate de hechos absolutamente imposibles de prever, ni que constituyen obstáculos insuperables, pues los progresos de la industria permiten cada día más prever y evitar esta clase de accidentes.

(e) En cuanto a la muerte, expresa Salvat que no hay posibilidad de afirmar una solución general. Siempre que concurran los requisitos necesarios para configurar el caso fortuito o de fuerza mayor, la muerte puede constituirlo.

Como es obvio, señala Salvat[2811], todos los acontecimientos que no reúnen los caracteres ya analizados para configurar el caso fortuito o la fuerza mayor, no son susceptibles de esa calificación, aunque muchas veces los particulares

2811 *Ibidem*, pp. 167 y 168.

los hubiesen alegado en su descargo. Los tribunales han resuelto, con ese criterio, que no hay *casus* en la disminución de las horas diarias de despacho en las aduanas y de descarga con motivo de una epidemia, porque no se trata de un obstáculo insuperable; que no lo hay en las dificultades para obtener fondos con los cuales pagar las obligaciones contraídas por el causante; que tampoco hay caso fortuito o fuerza mayor en el exceso de producción que impide a las empresas de transportes cumplir regularmente con las cargas; ni cuando acontece el embargo de un tercero que afecta con deudas al vendedor; ni en el caso de rabia contraída por el perro; ni en los casos de roturas o descomposturas de máquinas o estallidos de calderas en hipótesis corrientes; ni en el hundimiento de las paredes por deficientes condiciones del subsuelo; ni en la muerte, salvo casos especiales; etcétera.

En síntesis, consideramos que el primer requisito, el de la previsión, se exige bien porque el deudor no previó lo que debía, bien porque habiendo previsto el acontecimiento, se obligó a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En este caso el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo.

Pero la previsibilidad no debe apreciarse en abstracto, porque si no prácticamente todo acontecimiento sería previsible y no existiría, por lo tanto, el caso fortuito o de fuerza mayor[2812].

El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que va a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, considerando todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el elemento de imprevisibilidad del caso fortuito o de fuerza mayor[2813].

El segundo requisito, el de la irresistibilidad, supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria[2814]. Para decidir la imposibilidad del cumplimiento no debe apreciarse la situación personal del deudor, sino la situación de una persona común ubicada en las mismas circunstancias, prescindiendo de la mayor onerosidad de la prestación o de sus medios económicos: la imposibilidad relativa, consecuencia de la debilidad de los medios de acción de que dispone el deudor y que no existirían para cualquier otra persona colocada en situación similar, no tiene fuerza liberatoria.

Evidentemente, esto último no es tajante y ciego. Es la premisa de que se parte a fin de no relativizar cada situación en perjuicio del acreedor. No obstante,

2812 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. *Op. cit.*, p. 234.
2813 Loc. cit.
2814 Loc. cit.

sí creemos, como ya lo hemos indicado, que se hace necesario efectuar una evaluación de la situación particular de cada deudor, a fin de elevar o rebajar el estándar de conducta esperada. No se puede exigir el mismo nivel de diligencia a un profesional y especialista en la materia que a un neófito.

Las características de imprevisibilidad e irresistibilidad constituyen simples derroteros para el juez, pues su facultad de apreciación en esta materia es muy amplia: depende de todas las circunstancias del caso analizado. Lo que en ciertas oportunidades es caso fortuito o fuerza mayor, en otras no lo es.

Ciertamente es posible enumerar múltiples hechos que aisladamente pueden configurar caso fortuito o de fuerza mayor, como los terremotos, las heladas, las tempestades, el rayo, las lluvias, los maremotos, los sunamis, el granizo, las inundaciones, las crecidas, los huracanes, los tornados, los ciclones, el incendio (causado por transmisión), los meteoritos, las sequías, las olas de calor. También las leyes emanadas de la autoridad, la expropiación, la requisa, las prohibiciones. La enfermedad del deudor. El hecho determinante de un tercero que impida al deudor cumplir. Los paros armados, las huelgas, el cierre de vías de acceso. La guerra. Los accidentes que bloqueen el camino. Los ejemplos pueden ser múltiples, pero sólo configurarán caso fortuito o de fuerza mayor si revisten las características de imprevisibilidad, extraordinariedad e irresistibilidad, si constituyen el nexo causal adecuado y absoluto para el incumplimiento, si son actuales, si son sobrevinientes a la constitución de la obligación y si son ajenos a la voluntad del deudor. Siempre, pues, dependerá del caso concreto analizado, y tomando como referencia y punto de partida el contrato.

2.4. Clasificación del caso fortuito o de fuerza mayor

Se observa de los autores consultados hasta tres criterios clasificatorios del tema que ahora nos ocupa.

2.4.1. Según si fueren ordinarios o extraordinarios

Algunos tratadistas clasifican los casos fortuitos o de fuerza mayor en ordinarios y extraordinarios.

El caso fortuito o de fuerza mayor ordinario es el acontecimiento que racionalmente puede admitirse como posible, sin estar en aptitud de precisarse, sin embargo, cuándo va a ocurrir. Es posible que suceda, pero no hay razón para suponer que ocurrirá justamente impidiendo el cumplimiento de la obligación.

El caso fortuito o de fuerza mayor extraordinario es aquél que no había podido suponerse que ocurriera. El acontecimiento es, pura y simplemente, imprevisible.

Una tempestad en los lugares en que suele suceder no sería un caso fortuito o de fuerza mayor ordinario. Si sucede en lugares donde no suele ocurrir sí configuraría un caso fortuito o de fuerza mayor ordinario. Una tempestad en los lugares

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en que nunca ha ocurrido sería un caso fortuito o de fuerza mayor extraordinario. El asalto en un lugar regularmente concurrido sería un caso fortuito o de fuerza mayor ordinario. El asalto a una estación de policía ubicada en una calle céntrica de Lima, al mediodía, sería, a no dudarlo, extraordinario.

La apreciación del caso fortuito o de fuerza mayor ordinario o extraordinario queda librada, en todo caso, al prudente arbitrio del juez: la imprevisión e inevitabilidad es más visible, más notoria, en los casos fortuitos o de fuerza mayor extraordinarios.

Los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 aceptaban esta diferenciación en sus artículos 1572 y 1503, respectivamente[2815].

2.4.2. Según si fueren previsibles o imprevisibles

Otra clasificación es la que distingue los casos fortuitos o de fuerza mayor en previsibles e imprevisibles.

Los primeros —según este criterio clasificatorio—, son los que no pueden ubicarse concretamente en los factores de tiempo o de lugar, aunque es posible admitir que ocurrirán: lluvia, granizo, etcétera. Los segundos escapan a la previsión del deudor. La doctrina pone el ejemplo de la destrucción de Hiroshima mediante la bomba atómica.

La primera clasificación destaca la relatividad de los conceptos y la segunda es idónea, según cierta doctrina, para establecer la medida de las cláusulas por las que el deudor se hace cargo del caso fortuito.

Esta distinción nos resulta idéntica a la anterior. El caso fortuito o de fuerza mayor ordinario se asimila al previsible, y el extraordinario al imprevisible. Ambos quedan librados al prudente arbitrio del juez.

2.4.3. Según si la imposibilidad fuere parcial, total o temporal

Por último, la clasificación del caso fortuito o de fuerza mayor también puede darse en función a la imposibilidad, que puede revestir carácter parcial, total o temporal.

2815 Código Civil de 1852:
Artículo 1572.- El conductor puede, por estipulación expresa, renunciar al derecho a la rebaja de la renta por casos fortuitos.
Se entiende que este convenio es relativo a los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente, cuando no se declara de un modo expreso que se comprenden también los casos raros e imprevistos.
Código Civil de 1936:
Artículo 1503.- El conductor puede renunciar el derecho a pedir la rebaja de la renta por los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente. Si la renuncia se refiere a los casos fortuitos extraordinarios, es nula.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El Código Civil de 1984 no distingue los casos fortuitos o de fuerza mayor en ordinarios y extraordinarios, ni en función a su posibilidad. Al presentarse las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, ellas, por sí solas, eximen de responsabilidad. La mayor o menor rareza, la mayor o menor imprevisibilidad no se consideran. Bastan la rareza y la imprevisibilidad, a secas, con las características adicionales de constituir un hecho extraordinario e irresistible para que el evento sea excepcional y, por lo tanto, exonere de responsabilidad cuando las partes así lo han pactado o la ley lo establece.

2.5. Órbita contractual y extracontractual del caso fortuito o de fuerza mayor

En el caso de la llamada responsabilidad contractual —que como ya hemos analizado se trata de responsabilidad proveniente de la inejecución de una obligación preexistente—, vemos que es el deudor quien debe probar la ausencia de culpa —pues se presume la inejecución por culpa leve— y que el acreedor sólo debe demostrar la existencia de la obligación, el nexo causal y el incumplimiento. El deudor, por su parte, prueba la ausencia de culpa cuando demuestra que actuó con la diligencia ordinaria requerida o la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor que ocasionó el obstáculo insalvable para él de cumplir con su obligación.

En la llamada órbita extracontractual —o responsabilidad derivada de acto ilícito—, en la cual coexisten los sistemas de culpa (subjetivo) y de factor de atribución objetivo —bienes riesgosos o peligrosos, o el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas—, el caso fortuito o fuerza mayor también constituye un factor de liberación de responsabilidad para el autor del daño[2816]. La víctima debe probar el daño y el nexo causal, en tanto que el autor debe probar la falta de dolo o culpa —aquí entra a tallar el caso fortuito o de fuerza mayor—. En los casos de responsabilidad objetiva, el autor también debe probar, como hemos visto, el caso fortuito o de fuerza mayor como factor determinante en la producción del daño —lo cual, de alguna forma, como también ya lo hemos señalado, reduce el ámbito de responsabilidad objetiva y la subjetiviza—.

La doctrina mayoritaria considera que en el campo contractual la demostración por el deudor de la existencia del caso fortuito excluye su culpabilidad y lo hace irresponsable. El hecho imprevisible e inevitable que interfiere en el cumplimiento de la obligación contraída constituye una causal de liberación para el deudor, salvo determinados supuestos de excepción.

2816 Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

El artículo 1970 determina la responsabilidad objetiva del Código («Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo»).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, se destaca que en el ámbito extracontractual el caso fortuito es también causal de irresponsabilidad. Se trata de un supuesto lógico de la culpa —que presupone la previsibilidad y la evitabilidad de la consecuencia— y obsta a la configuración de uno de los elementos que integran el ilícito extracontractual en sentido subjetivo. Pero en tanto que en materia contractual el *casus fortuitus* desliga al deudor de una obligación preexistente de dar, hacer o no hacer, en el campo extracontractual o aquiliano determina que la obligación de reparar, emanada de la transgresión del genérico *neminem laedere*, no llegue a configurarse.

Finalizando este punto, cabe añadir que no precisa estructurarse un catálogo de hechos constitutivos de casos fortuitos y otro de los que no lo sean, sino que la calificación de tales hechos en uno u otro sentido es cuestión de facto que los jueces tienen que apreciar discrecionalmente, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, a fin de averiguar si en éste se ofrecen o no los dos requisitos esenciales del fenómeno exculpatorio del deudor: a) la imprevisibilidad; y b) la irresistibilidad, en adición a la exigencia de que sea extraordinario.

2.6. Aplicaciones del caso fortuito o de fuerza mayor

Los casos fortuitos o de fuerza mayor pueden presentarse como impedimentos físicos o legales al cumplimiento de la obligación.

Los primeros, o sea los físicos, son por cierto los más comunes. Los segundos, los legales, obedecen a las órdenes de la autoridad y se conocen con la denominación de «hechos del príncipe».

2.7. Efectos del caso fortuito o de fuerza mayor

El efecto principal del caso fortuito o de fuerza mayor es la irresponsabilidad del deudor en la inejecución de la obligación, pues justifica su incumplimiento y la extingue. El deudor queda absuelto pues no tiene culpa: no pudo prever ni resistir el acontecimiento extraordinario que le impidió cumplir[2817].

La razón, como resulta evidente, es que nadie está ni puede estar obligado a lo imposible; por ello, si la prestación que fue objeto de la obligación se torna física o legalmente imposible[2818], entonces la obligación se extingue. De ahí el aforismo latino que reza: *Nemo praestat casus fortuitus* (nadie se obliga por casos fortuitos).

A título de ejemplo, en torno a los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor, podemos citar las siguientes Ejecutorias Supremas:

2817 *Nemo impossibilia tenetur*, decían ya los romanos (Colmo, Alfredo. *Op. cit.*, p. 91).

2818 Cabe reiterar que este principio se aplica a las obligaciones con prestaciones de dar, de hacer y de no hacer.

- «El caso fortuito y la fuerza mayor extinguen la responsabilidad del obligado en los casos expresamente previstos por la ley»[2819].
- «No es de abono ninguna suma en concepto de daños y perjuicios derivados de la paralización de una obra, si dicha paralización se debe a orden superior, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna a quien mandó ejecutar el trabajo»[2820].
- «Si por mandato supremo la empresa estatal de Derecho Privado no tenía más que cumplir la norma ante la responsabilidad que podía generar a sus funcionarios en el incumplimiento, se da la figura de la fuerza mayor que exonera de responsabilidad al deudor»[2821].

2.7.1. En las obligaciones de dar

En el caso de las obligaciones de dar, el caso fortuito o de fuerza mayor determina la imposibilidad de cumplimiento a cargo del deudor en tres alternativas: pérdida del bien cierto debido, pérdida en las obligaciones *unum de certis* y pérdida en las obligaciones de dar bienes inciertos, teniendo otro régimen la pérdida de la cosa en las obligaciones de dar bienes fungibles.

Analicemos cada una de ellas.

2.7.1.1. Pérdida del bien cierto debido

Decíamos que la obligación se extingue si la prestación que fue su objeto se torna física o legalmente imposible[2822].

Al respecto, la doctrina francesa señala que la obligación de pintar un cuadro se extingue por el accidente que hace perder la vista al pintor, como sucede con la obligación de dar un cuerpo cierto, por la pérdida de este cuerpo cierto. Pero en Francia, en la práctica, sólo se encuentra esta causa de extinción con relación a las obligaciones de dar un cuerpo cierto, ya que la ley francesa sólo previó esta hipótesis[2823].

2819 *Anales Judiciales*, 1981, p. 223.

2820 Ejecutoria Suprema del 14 de diciembre de 1954.

2821 Ejecutoria Suprema del 15 de septiembre de 1997.

2822 Nuestro sistema regula la pérdida del bien cierto debido en los cinco supuestos que señala el artículo 1137 del Código Civil, a saber:
1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
3.- Por quedar fuera del comercio.

2823 Según los párrafos 1 y 2 del artículo 1302 del Código Napoleón, «Cuando el cuerpo cierto y determinado que fuere el objeto de la obligación llega a perecer, quede fuera del comercio o se pierda de manera que se ignore en absoluto su existencia, la obligación se extingue si la cosa ha perecido o se ha perdido sin culpa del deudor y antes de que estuviere en mora. Incluso cuando el deudor esté en mora, y si no responde por los casos fortuitos, la obligación se extingue en el caso en que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor si le hubiere sido entregada».

Agrega la doctrina francesa que el supuesto en que se destruye materialmente la cosa, la ley lo asimila al caso en que la cosa se pierde de manera que se ignora absolutamente de su existencia y al caso en que la cosa quede fuera del comercio, cuando, por ejemplo, un terreno apropiado por causa de utilidad pública se incorporó al dominio público. Esto, debido a que en estas tres hipótesis hay la imposibilidad de cumplir la obligación.

Baudry-Lacantinerie[2824] expresa que cualquiera que sea la causa que hizo perecer el cuerpo cierto, objeto de la obligación, siempre hay para el deudor la misma imposibilidad para cumplir con la obligación; por lo tanto, la obligación se extingue en todos los casos. Sin embargo, agrega, el acreedor privado de este modo del beneficio que le debía el cumplimiento, puede exigir en lugar de un cumplimiento real, el cual ya no es posible, un cumplimiento como equivalente. En este aspecto, hay razones para distinguir si la pérdida de la cosa es imputable o no al deudor.

En lo relativo a la legislación peruana, el artículo 1138 del Código Civil de 1984 contiene las reglas que establecen cuál de las partes de la relación obligacional debe sufrir o correr con el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere, y eventualmente indemnizar por daños y perjuicios. El ámbito de aplicación general del referido artículo 1138, al igual que las demás normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de éstas y no sólo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien. Debemos precisar que la teoría del riesgo contemplada en el mencionado artículo sólo es de aplicación para el supuesto de las obligaciones de dar bienes ciertos, pues si la cosa es indeterminada no se puede decir que ésta perece, pues la especie no perece[2825].

2.7.1.2. Pérdida en las obligaciones unum de certis

Si la causa de la extinción de la obligación se fundamenta en la imposibilidad de cumplir la prestación prometida, ésta no sólo se puede producir en las obligaciones que tienen por objeto un cuerpo cierto y determinado, sino también con relación a aquéllas que tienen por objeto *unum de certis*, por ejemplo, uno de los cuatro caballos que se encuentran en mi caballeriza o, incluso, excepcionalmente, la causa de extinción puede originarse en las obligaciones que tienen por objeto una cosa de género, si el género al que pertenece la cosa llega a perecer por completo.

La doctrina francesa[2826] cita como ejemplo el histórico decreto del 27 de abril de 1848, que abolió la esclavitud en todos los territorios franceses e hizo perecer jurídicamente el género de los esclavos y dejó sin eficacia a todas las obligaciones

2824 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 197.

2825 A mayor abundamiento sobre el tema, consultar: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del riesgo». En *Normas Legales. Legislación, Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo n.° 286, Trujillo, marzo de 2000, pp. A-79 a A-95.

2826 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 197.

de dar relativas a este objeto; pero admite que, sin embargo, éste es un caso infinitamente raro, que no quita valor en su generalidad al adagio de que «los géneros no perecen».

Se entiende, pues, que cuando la obligación tiene por objeto cosas inciertas, determinadas dentro de un número de cosas ciertas de la misma especie, queda extinguida si se perdiesen todas las cosas ciertas designadas por un caso fortuito o de fuerza mayor.

Las denominadas obligaciones *unum de certis* o *incertum ex certis* se encuentran previstas en el artículo 1146 de nuestro cuerpo sustantivo, tema del cual nos hemos ocupado en extenso al comentar la pérdida del bien antes de la elección sin culpa del deudor.

2.7.1.3. Pérdida en las obligaciones de dar bienes inciertos

Si la obligación fuese de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie y cantidad, el pago nunca se juzgará imposible y la obligación se resolverá siempre en indemnización de daños y perjuicios, siendo ésta una aplicación del principio de que el género nunca perece. Tal regla se aplica con mayor razón al supuesto de cosas fungibles. Cabe anotar que la solución que dispone el pago de los daños y perjuicios no debe entenderse en el sentido de que el acreedor no tiene otro derecho que el de exigir dicha indemnización, ya que es obvio que él siempre, y, ante todo, tiene la facultad de exigir el cumplimiento en especie. Lo único que ello significa es que el deudor nunca podrá liberarse de su responsabilidad alegando la pérdida de las cosas genéricas; salvo, naturalmente, que se trate de una especie de número muy limitado, es decir, el caso de las obligaciones *unum de certis*. Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del artículo 1142 del Código Civil peruano[2827].

2.7.1.4. Pérdida en las obligaciones de dar bienes fungibles

Los bienes fungibles, como se sabe, son aquellos susceptibles de sustituirse unos por otros, siendo esta situación indiferente para el cumplimiento de la prestación, ya que en este caso cualquier individuo es igual a otro y no hay forma de identificar o distinguir a uno del otro. A efectos de su cumplimiento, no se habla de elección sino de una individualización. En ese sentido, si el bien se perdiese antes de su entrega sin culpa de las partes, sería irrelevante si el deudor hubiere comunicado su individualización al acreedor, puesto que —de igual manera— tendría que reponer el bien perdido por otro similar y cumplir con entregarlo[2828].

2827 *Ibidem*, pp. 87 y ss.

2828 Sobre el particular, remitimos al lector a nuestros comentarios a propósito del análisis del artículo 1142.

2.7.2. En las obligaciones de hacer

Luego de haber expresado nuestras opiniones en torno a los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor en las obligaciones de dar, con sus respectivas variantes, nos corresponde hacerlo con relación a las obligaciones de hacer.

En las obligaciones de hacer, el objeto de la prestación consiste en la realización de un servicio o de una obra. En tal sentido, para que se produzcan los efectos liberatorios del deudor que se halla en situación de incumplimiento en este tipo de obligaciones, su incumplimiento debe haber obedecido al hecho de que precisamente por un evento de caso fortuito o de fuerza mayor resulte absolutamente imposible ejecutar la obligación asumida.

En adición a lo expresado, precisa anotarse que el caso fortuito o de fuerza mayor debe conllevar la absoluta y definitiva imposibilidad de cumplir con la prestación debida. Pero también podríamos imaginar la eventualidad de que se trata de una imposibilidad temporal de ejecución de la prestación. Sin duda, en este último caso se mantendría un problema de orden teórico y práctico, consistente en determinar cuál es el plazo que habría que esperar para decidir si el incumplimiento es definitivo o no.

La subjetividad del tema debe quedar al arbitrio de los tribunales de justicia, en caso de discrepancia entre acreedor y deudor, pues dada la infinidad de supuestos susceptibles de presentarse, resulta imposible establecer reglas de carácter objetivo. Consideramos, sin embargo, que deberá ser elemento esencial para una respuesta, la subsistencia del interés del acreedor en la utilidad del cumplimiento de la prestación.

2.7.3. En las obligaciones de no hacer

Por otra parte, en lo que respecta a las obligaciones de no hacer, el caso fortuito o de fuerza mayor puede presentar dos aspectos diferentes.

Por un lado, es posible que el deudor nunca pueda cumplir con la obligación asumida, en la medida en que ésta todavía no se haya cumplido y, precisamente, por un evento de caso fortuito o de fuerza mayor, dicho deudor se encuentre en absoluta imposibilidad de ejecutarla.

Pero también podría ocurrir que, tratándose de obligaciones de no hacer, de prestación continuada o periódica que hayan venido siendo ejecutadas por el deudor, se produzca, precisamente por el evento de tal naturaleza, la imposibilidad de que dicho deudor continúe con la abstención debida.

2.7.4. En las obligaciones de objeto plural

En lo referente a las obligaciones de objeto plural, vale decir las conjuntivas, alternativas y facultativas, definitivamente el caso fortuito o de fuerza mayor también puede ocasionar la imposibilidad de su cumplimiento.

FONDO EDITORIAL PUCP

Sin embargo, no vamos a profundizar sobre la materia, ya que la misma fue analizada de modo exhaustivo cuando estudiamos cada una de estas obligaciones. Como sabemos, el tema en las obligaciones conjuntivas se plantea fundamentalmente desde un análisis teórico, mas no legislativo, ya que dichas obligaciones no cuentan con regulación en el Código Civil.

En cambio, en las obligaciones alternativas el tema pasa necesariamente por ingresar al análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 1165 y 1166 del propio Código, preceptos que regulan determinados supuestos de imposibilidad de una o más prestaciones, cuando la elección corresponde al deudor (artículo 1165) y cuando la elección corresponde al acreedor (artículo 1166).

Cuando estudiamos estas dos normas, nos ocupamos de aquellos supuestos en los cuales las prestaciones resultan imposibles de ejecutar sin culpa de las partes. Evidentemente dentro de estas causas se encuentran el caso fortuito y la fuerza mayor, motivo por el cual remitimos al lector a lo ahí expresado.

En lo que atañe a las obligaciones facultativas, también podría producirse la imposibilidad de ejecución de una prestación derivada de caso fortuito o de fuerza mayor.

Dada esta eventualidad habría que tener presente lo dispuesto por los artículos 1167 a 1170 del Código Civil. Dentro de tal orden de ideas, si la prestación principal deviniese en nula o imposible de cumplir por caso fortuito o de fuerza mayor, se extinguiría la obligación; en tanto que, si lo propio ocurriese con la prestación accesoria, la obligación se convertiría en simple, ya que entonces solamente contaría con una prestación (aquélla que fuera principal).

2.7.5. En las obligaciones de sujeto plural

Finalmente, debemos referirnos a los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor en las obligaciones de sujeto plural, vale decir, en las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

Al respecto, no resultaría pertinente relacionar de manera directa el tema bajo tratamiento con este tipo de obligaciones, por la sencilla razón de que la imposibilidad de cumplimiento de una prestación (o de varias), no dependerá de si dicha obligación tiene uno o varios sujetos, sino de la imposibilidad de ejecución del objeto en sí (la prestación o las prestaciones). En tal sentido, dichos efectos deberán ser asumidos por la totalidad de deudores y acreedores de la obligación, en función a la naturaleza de las prestaciones y de si se trata de obligaciones de objeto plural.

En tal virtud, el tema de los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor en las obligaciones de sujeto plural se soluciona por los principios que hemos estudiado en torno a las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, y a aquéllos de las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas.

PALESTRA EDITORES

El tema de la imposibilidad del pago se relaciona con la necesidad de que no exista el objeto de la obligación, para que no pueda concebirse la existencia misma del vínculo obligacional, pues, así como nadie puede estar obligado a satisfacer algo que no tiene posibilidad de existir, igualmente cesa la obligación por la desaparición de un objeto que hubiese sido posible anteriormente. La diferencia —anota la doctrina— está en que una imposibilidad de objeto originaria impide la constitución misma de la obligación, que sería, por esa falla, una obligación jurídicamente inexistente; mientras que una imposibilidad sobreviniente no perjudica la validez anterior de la obligación, aunque disuelve el vínculo en el futuro, por la desaparición de su objeto.

Es esa imposibilidad de cumplimiento sobreviniente la que muchos cuerpos legislativos han contemplado como un modo de extinción de las obligaciones bajo la denominación de imposibilidad de pago. Así, la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor. Es claro que si sobreviene un hecho ajeno al deudor que le impide cumplir, él queda liberado, estando obligado a devolver al acreedor lo que hubiera recibido con motivo de la obligación extinguida.

Al respecto, Larenz[2829] expresa que existen determinados casos en que se oponen obstáculos a la prestación o en que surgen alteraciones que destruyen la base de la relación obligatoria, sin que el deudor o, en su caso, el acreedor, sean responsables de ello.

El primero es el de la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida de la prestación.

Al tratar acerca de los presupuestos de la imposibilidad posterior, se señala que una prestación es (objetivamente) imposible, y que, según las concepciones del tráfico, es prácticamente irrealizable para cualquiera. Y es irrealizable cuando, por ejemplo, se ha hecho físicamente imposible la entrega de una cosa determinada que ha desaparecido; la conclusión de un cuadro ya empezado, cuando el pintor queda ciego; además, cuando la prestación solamente podría realizarse con infracción del ordenamiento jurídico, por ejemplo, si se establece con carácter general la prohibición legal de enajenar. Finalmente —dice Larenz—, una prestación es imposible cuando únicamente podría realizarse con medios que están de tal forma tan lejos de la obtención del resultado perseguido, que no pueden ser tenidos en cuenta en el tráfico (como, por ejemplo, el hallazgo de un anillo caído al mar). De forma distinta que, en el caso de responsabilidad originaria, cuando se trata de alteraciones posteriores la ley ha equiparado la imposibilidad posterior del deudor para realizar la prestación a la imposibilidad subjetiva de éste, pero teniendo en cuenta la importante excepción cuando se trata de alteraciones

2829 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, pp. 300 y 301.

genéricas. Existiría, por ejemplo, imposibilidad posterior, de la cual no habría de responder el deudor, si después el comprador es despojado por expropiación forzosa del inmueble vendido.

Así, la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación provoca la extinción de la obligación específica. Solamente cuando tal imposibilidad no deriva de culpa, la extinción de la obligación no produce responsabilidad del deudor, quien resultará totalmente liberado de la deuda.

De esta manera y como destaca la doctrina, el único límite de la responsabilidad del deudor se encontraría en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable, lo que se encuentra contemplado en los artículos 1315 y 1316 del Código Civil peruano. Tal imposibilidad, para tener efecto liberatorio, debe cumplir con tres requisitos, esto es, debe ser sobrevenida, objetiva y absoluta.

2.8. Prueba del caso fortuito o de fuerza mayor

Conforme al Código Civil de 1936, porque así lo ordenaba el artículo 1321, correspondía al deudor demostrar el caso fortuito o de fuerza mayor. Esta regla era similar a la prevista por el artículo 3045 del Proyecto de Código Civil peruano de 1890.

La ley presumía, pues, que el incumplimiento se debía a un hecho del deudor y que era a él a quien tocaba probar su inculpabilidad. Si el deudor acreditaba que el daño se había originado por un caso fortuito o de fuerza mayor, estaba demostrando la existencia de una causa ajena y, por lo tanto, debía ser enteramente exonerado. Destruía, de esta forma, la presunción de imputabilidad.

Se exigía esta prueba porque por lo general no existen acontecimientos capaces de constituir fatalmente, por sí mismos, un caso fortuito o de fuerza mayor: el fenómeno puede ofrecerse distinto en cada caso, según las circunstancias.

El Código Civil de 1984 asimila la responsabilidad por culpa inexcusable al dolo, o sea, a la negligencia grave; y, a su turno, aminora la responsabilidad cuando ella obedece a culpa leve, o sea, a la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En este orden de ideas, el artículo 1329, del cual nos ocuparemos más adelante, consagra la presunción *iuris tantum* de que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. En consecuencia, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá probar el dolo o la culpa inexcusable. Y, a su turno, si el deudor quiere exonerarse de responsabilidad deberá probar, como regla general, la ausencia de culpa, salvo que la ley o el contrato exijan, para eximirlo, el caso fortuito o de fuerza mayor. En esta última hipótesis también corresponderá al deudor probar que el cumplimiento irregular obedeció a esas causas.

OSTERLING PARODI CASTILLO FREYRE

2.9. Caso fortuito o de fuerza mayor y mora

Entre los efectos generales de la mora, se describe que el deudor debe responsabilizarse por todos los daños producidos durante ella. Fue por su culpa que la obligación no se cumplió a tiempo y, en consecuencia, se debe también a él que un acontecimiento extraordinario haya podido imposibilitar definitivamente el cumplimiento.

Así, Busso[2830] cita los siguientes supuestos ilustrativos:

- Cualesquiera fuesen las restricciones administrativas para el giro al exterior derivadas de la creación de una Comisión de Control de Cambios, ello no puede invocarse con el carácter de fuerza mayor, si conforme al plazo previsto primitivamente para que el vendedor cumpliera dentro de él, la operación pudo terminarse antes de la creación de la comisión mencionada.
- Aun cuando la huelga haya asumido los caracteres de fuerza mayor, el portador no está exento por aquellos transportes que normalmente debieron haber terminado cuando la huelga asumió esa extensión.
- La huelga general de albañiles no puede invocarse como fuerza mayor, en el caso de demora de la entrega de la obra, si se ha iniciado con posterioridad al vencimiento del plazo convenido.
- Se estima que la responsabilidad desaparece cuando el retardo es a su vez motivado por fuerza mayor o caso fortuito, pues si el deudor no responde de la mora, tampoco responde de sus consecuencias.
- Por último, se señala que también se exonera al deudor cuando la pérdida o el deterioro de la cosa, o cualquier otra imposibilidad para cumplir la obligación, se hubiera originado asimismo en poder del acreedor, pues faltaría entonces el nexo entre la culpa del obligado y el detrimento que en definitiva se irrogaría.

A entender nuestro, en estos casos el deudor que se encontrase en mora sí debería responder por los daños y perjuicios causados a su acreedor, a pesar de que éstos se hubiesen producido por caso fortuito o de fuerza mayor, salvo que estas causas no imputables hubieran afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente. Así lo establece el artículo 1336 del Código Civil de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2830 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 327 y 328.

Extinción de la obligación por causa no imputable al deudor

Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

1. Fuentes nacionales del artículo 1316

Dentro de la legislación colonial, podemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 29, Título XXIII, Partida Tercera: «*El pleyto (contrato) termina por la muerte de la cosa, si auiniesse por ocasion e sin culpa*».

El artículo 1316 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.

Los siguientes Códigos y Proyectos abordan la materia de modo aproximado. Así, veremos luego, es la alternativa de la ponencia de Jorge Vega García de 1973, el primer cuerpo normativo que representa, en estricto, antecedente fiel de la norma en actual vigencia.

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, trataba el tema en sus artículos 776: «Cuando se ha contraído una obligación bajo la condición suspensiva, la cosa que hace la materia del contrato corre de cuenta y riesgo del deudor que se ha obligado a entregarla después de verificada la condición. Si la cosa ha perecido enteramente sin culpa del deudor, la obligación se extingue; si se ha deteriorado sin culpa del deudor, el acreedor tiene la elección de anular la obligación, o de exigir la cosa en el estado en que se halla, sin disminución de precio. Si ha sido deteriorada por falta del obligado, el acreedor tiene derecho de anular la obligación, o de exigir la cosa en el estado en que se halla con los daños e intereses»; y 898: «Se extingue la obligación cuando sin culpa del deudor, o sin que hubiese habido morosidad de su parte, perece la especie

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cierta y determinada que era objeto de la obligación, o sale fuera del comercio de los hombres, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia. En el caso de haber sido moroso el deudor, mas sin responsabilidad a los casos fortuitos, se extingue la obligación siempre que la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega».

El Código Civil de 1852 no trataba la materia.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 legislaba el tema en sus artículos 1483: «La obligación de dar una cosa cierta o determinada comprende la de entregarla en el lugar y tiempo convenidos, y la de cuidarla entre tanto; pero, si la cosa se pierde sin culpa del deudor, se extingue la obligación»; 1502: «Cuando el hecho a que se refiere una obligación de hacer, resulta imposible sin culpa del deudor, queda extinguida la obligación para el deudor y acreedor, y aquél debe devolver a éste lo que por razón de la obligación ha recibido; pero, si la imposibilidad proviene de culpa del deudor, queda obligado a satisfacer al acreedor daños y perjuicios»; y 1504: «En la obligación de no hacer si la omisión del hecho resulta imposible sin culpa del deudor, o si éste ha sido obligado a ejecutar el hecho, la obligación se extingue, como en el caso del artículo 1502.— Si por culpa del deudor llega a ejecutarse lo que no debió hacerse, tiene derecho el acreedor para exigir que se destruya lo hecho, o que se le autorice para destruirlo, a costa del deudor.— Cuando no es posible destruir lo que se ha ejecutado, el acreedor tiene derecho para pedir indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan inferido».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el particular en su artículo 310: «La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en su artículo 296: «La obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella, viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor».

De otro lado, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba el tema en su artículo 1307: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor»; mientras el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1318: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa 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 183: «La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible por causa no imputable al deudor.— Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras ésta perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, abordaba el particular en su artículo 171: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.— Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.— También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en su artículo 1344: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.— Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.— También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, trataba la materia en el artículo 1283: «La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.— Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.— También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere».

2. Análisis

En lo que respecta al contenido del artículo 1316 del Código Civil peruano de 1984, debemos señalar que se trata de una norma muy clara, que regula varios supuestos, que pasaremos a comentar seguidamente.

En primer lugar, el citado artículo establece que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

El valor entendido del primer párrafo citado es que la prestación devenga en imposible, imposibilidad que, precisamente, determine que dicha obligación resulte imposible de ser ejecutada.

Como es evidente, dado que el sistema del Código nacional se basa en el viejo principio francés de que «no hay responsabilidad sin culpa», resulta evidente que, en una circunstancia como ésta, el deudor no tendrá que pagar indemnización alguna al acreedor que hubiese resultado perjudicado por el incumplimiento.

Es evidente, además, que el primer párrafo del artículo 1316 hace referencia a una imposibilidad absoluta y definitiva de la prestación.

Por el contrario, el segundo párrafo alude a una causa temporal. En ese sentido, establece que, si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure, norma que mantiene el principio de que sólo se responde cuando se incumple por culpa o dolo.

Agrega el segundo párrafo del artículo 1316 que, sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que, al deudor, de acuerdo con el título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla.

Tiene mucho sentido la prescripción antes citada, en razón a que el Derecho no auspicia la existencia de obligaciones eternas y, como es evidente, podría darse el caso en que la causa temporal que determine la imposibilidad momentánea de ejecutar la prestación se prolongue tanto en el tiempo que haga ilógico pensar que el deudor deba seguir obligado a ejecutar la prestación.

La norma también establece en la parte final del segundo párrafo, que la obligación se extinguirá, además, en otros dos casos: cuando el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

Estos últimos supuestos que, por lo demás, están íntimamente ligados, resultan de gran importancia en la medida en que el cumplimiento oportuno de las obligaciones es fundamental dentro de la teoría y práctica de la ejecución de éstas. En ese sentido, la demora en el cumplimiento puede hacer perder al acreedor todo sentido de utilidad con respecto a la prestación debida.

El último párrafo del artículo 1316 establece que también se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fue útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial.

La solución anotada resulta evidente; y ella guarda estrecha concordancia con la extinción de la obligación por falta de interés del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto, pues, así como el acreedor puede perder interés en un cumplimiento extemporáneo (particularmente tardío), lo puede perder en relación a un cumplimiento parcial. Resulta claro que habrá muchas ocasiones en las cuales el cumplimiento parcial carecerá de todo interés para el acreedor. Habrá otros casos, sin embargo, en los cuales dicho cumplimiento parcial sí podría ser beneficioso para él, es decir, de alguna utilidad. En estos casos, el artículo 1316 del Código Civil establece que el deudor queda obligado a ejecutar la prestación con reducción de la contraprestación, si la hubiere, norma cuya solución coincide con diversos preceptos del Código Civil, como es el caso de los relativos al deterioro del bien (artículos 1138 incisos 2, 4 y 6, 1433 y 1533, entre otros).

Por último, es pertinente señalar que la jurisprudencia nacional en la Casación n.° 280-2000-Ucayali, de fecha 12 de mayo de 2000, ha determinado, «*Décimo.* En las obligaciones de dar bienes ciertos la imposibilidad de ejecutar la prestación debida resulta por algún suceso jurídico o por la naturaleza de las cosas; que en el primer supuesto la imposibilidad es consecuencia de una prohibición legal y en el segundo, el bien materia de la relación obligacional ha dejado de existir o se ha perdido para las partes antes de su entrega; sin embargo, en el caso de autos, el bien ya fue entregado, quedando pendiente de cumplimiento la prestación del demandante quien es deudor del monto convenido como pago del bien materia de venta y que sí puede ejecutar».[2831]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2831 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 970. [Texto correspondiente a la tercera edición]

IMPOSIBILIDAD POR CAUSAS NO IMPUTABLES Y DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1317

Dentro de la legislación colonial, debemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 15, Título VIII, Partida Quinta: «*Si por auentura alguno dellos dixere, que quando el daño auino que non fue por su culpa; más que poniendo y toda su guarda que podía, acaescio el daño, e que non le pudo escussar; deue ser oydo: e si prouare por algunas señales ciertas, o en otra manera, deuele valer: e por lo que prouare, non lo deue pechar*».

El artículo 1317 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 abordaba el tema en el artículo 744: «No hay lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2274: «Si por caso fortuito se pierde o se destruye totalmente la cosa que se debía, se extingue la obligación.— Mas si la pérdida o destrucción ha sido parcial, subsiste la obligación en lo que haya quedado».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, legislaba el particular en su artículo 3045: «El obligado a entregar una cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito, está obligado a probar su inculpabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 3047»; mientras que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 311: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establezca la obligación». De otro lado, el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, prescribía en su artículo 297: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor sino en los casos expresamente mencionados en la ley, y en los que así lo establece la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

Reformadora, de 1936, en su artículo 1308: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación»; y el Código Civil de 1936, en su artículo 1319: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 legislaba el tema en su artículo 184: «El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley y en los que así lo establezca la obligación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 172: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en el artículo 1335: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en su artículo 1284: «El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación».

2. Análisis

El artículo 1317 del Código Civil establece que el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

Como hemos señalado oportunamente, el Código nacional en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones, se inscribe dentro del tradicional criterio subjetivo impuesto por la doctrina francesa, en el sentido de que no hay responsabilidad sin culpa (*pas de responsabilité sans faute*).

Este principio, que es seguido fielmente por el código en la lógica de los artículos 1314, 1315 y 1316, antes comentados, también está contenido en el artículo 1317.

Dentro de tal orden de ideas es evidente que el deudor sólo responderá cuando los daños y perjuicios que deriven de la inejecución de la obligación o su su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedezcan a causas imputables a él; es

FELIPE OSTERLING PARODI MARIO CASTILLO FREYRE

decir, dolo, culpa inexcusable o culpa leve (dentro de los alcances del artículo 1321 del Código Civil).

En esa línea, la Casación n.° 849-96-Chimbote, de fecha 10 de septiembre de 1997, señala lo siguiente: «*Noveno*. Según el artículo 1317 del Código Civil, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación. En el caso de autos, la Sala Superior ha establecido en su resolución que la demandada no ha acreditado en modo alguno la fuerza mayor invocada en su defensa, por lo demás no resulta de aplicación la excepción que establece la norma contenida en el citado artículo 1317».[2832]

En ese sentido, cuando tales daños y perjuicios se deriven de un incumplimiento que obedezca a causas no imputables (caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa), el deudor no estará obligado a responder por los mismos, salvo que lo contrario esté previsto por la ley o por el título de la obligación.

Este último supuesto, también contemplado por el artículo 1317, en buena cuenta implica una disposición contraria a la regla general, vale decir, un supuesto de absoluta excepción.

Ello significa que no se contraría normas de orden público cuando el deudor asume la responsabilidad por caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa. Simplemente, existirá un pacto o disposición de traslado de la responsabilidad.

ESTUDIO MARIO CASTAÑEDA CRUZ

2832 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 971. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Dolo

Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1318

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.

Abordó por primera vez el tema, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 173: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación»; seguido por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1336: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación»; y por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1285: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».

2. Análisis

El dolo tiene en el Derecho diversas acepciones. En sentido lato, implica una idea de mala fe, malicia, fraude, engaño, de conducta contraria al Derecho.

Así, su concepto no es único, pues se presenta desempeñando una triple función:

(a) El dolo, como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir en la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no habría sido celebrado o lo hubiera sido en condiciones diferentes: es el dolo que falsea la intención del agente y que éste puede aducir para obtener la anulación del acto celebrado con ese vicio.

A decir de Albaladejo[2833], hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración que sin ellas no

2833 Albaladejo, Manuel. *El negocio jurídico*. 2.ª edición. Barcelona: Librería Bosch - Ronda Universidad, 1993, pp. 116 y 117.

se hubiese emitido. Se trata de un error provocado por un comportamiento engañoso, para conseguir una declaración, que se emite debido a aquél. Se precisan, pues: el comportamiento engañoso (elemento objetivo), el ánimo de engañar para obtener la declaración —*animus decipiendi*— (elemento subjetivo), la producción del engaño o error y, por último, que éste determine la declaración. El error es causa inmediata de la declaración, y, a su vez, el dolo es causa inmediata del error y mediata de la declaración.

Por su parte, Fernando Vidal Ramírez[2834] sostiene que el dolo constituye un vicio de la voluntad en función del error que hace sufrir a la víctima. Por eso se dice —agrega el profesor peruano— que es un error provocado. Pero error y dolo son dos conceptos perfectamente diferenciables, mediando entre uno y otro la espontaneidad. El error tiene como característica la de ser espontáneo, mientras que el dolo es la inducción al error, su provocación. Asimismo, agrega Vidal Ramírez que en el error no hay mala fe y que esta última es inherente al dolo, pues la cognoscibilidad del error por la «otra parte» de ningún modo implica necesariamente mala fe.

Nótese, en suma, que el dolo como vicio de la voluntad implica siempre una mala intención en el agente, ya que con ardid éste logra una declaración y, por ende, la celebración de un acto que lo beneficiará. Asimismo, cabe añadir que el dolo causante de anulabilidad de un acto jurídico, puede proceder también de un tercero, siempre y cuando el engaño empleado por el tercero, sea conocido por la parte que obtuvo beneficio de él (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil peruano).

Ahora bien, la doctrina distingue varias clases de dolo. Así, la diferencia más importante es la que lo clasifica en dolo determinante o causante (artículo 210 del Código Civil peruano) y dolo incidente o incidental (artículo 211 del propio Código), según sea causa de anulabilidad del acto jurídico o sólo dé lugar a indemnización de daños y perjuicios. Además, se le distingue en positivo y negativo (artículo 212 del Código Civil), según se trate de una acción o una omisión; y en directo (artículos 210, primer párrafo, 211, 212, 213 y 229 del Código Civil) o indirecto (artículo 210, segundo párrafo, del Código Civil), según lo utilicen las partes o un tercero.

(b) En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de su hecho: es la característica del delito civil, y en tal sentido se opone a la culpa como elemento distintivo del

2834 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. 2.ª edición. Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 366.

antes denominado cuasidelito. Tal es el dolo delictual (artículos 1969 y 1986 del Código Civil peruano).

(c) En el incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para incumplir la prestación debida. También es denominado dolo obligacional.

La característica común de la triple función del dolo está en la «mala fe», ya sea en la ejecución o en la omisión de un acto, la que, a decir de la doctrina, se presenta en grados diversos y con caracteres distintos. Así, por ejemplo, el dolo como particularidad de los delitos aparece como mala voluntad, pero aplicada al hecho con la «intención de dañar». En los vicios de la voluntad, incluye todos los procedimientos reprobados mediante los cuales se «induce» a una persona a la celebración de un acto. En las obligaciones en general, su aplicación es con respecto de la inejecución o mala ejecución de ellas. Aquí el dolo aparece como un simple «incumplimiento» o «mal cumplimiento» de la obligación, causado, sin embargo, por una actitud consciente y deliberada del deudor.

Del dolo, en este sentido, es que nos ocuparemos a continuación.

Felipe Clemente de Diego[2835] entiende que para incurrir en dolo basta con la conciencia actual de que se obra mal y que del obrar pueden proceder consecuencias dañosas para otro, toda vez que en la inmensa mayoría de las ocasiones no es precisamente la intención de causar un mal al acreedor lo que mueve al deudor, sino la simple intención de proporcionarse una ventaja propia.

Anota Palacio Pimentel[2836], por su parte, que el dolo consiste en actos (positivos u omisiones) encaminados a evadir deliberada y conscientemente el cumplimiento de una obligación o, por lo menos, de retardar su ejecución; no importa negligencia o descuido, sino deliberada intención de no cumplir con la obligación.

La responsabilidad que procede del dolo es exigible en toda clase de obligaciones, sin que sea posible renunciar por anticipado a la acción destinada a excluir o limitar tal responsabilidad, pues dicha renuncia equivaldría a autorizar la mala fe y el fraude en las relaciones sociales y jurídicas, con lo que desaparecería la seguridad en los negocios y el sentido ético de la vida.

Tradicionalmente el dolo se entiende caracterizado por los siguientes factores o elementos:

(a) La acción positiva de incumplir.

2835 De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Artes Gráficas, 1959, tomo II, p. 32.

2836 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Op. cit.*, tomo I, p. 492.

(b) El *animus nocendi* o la intención de causar daño. Respecto de este factor o elemento existen en doctrina las siguientes posiciones:

A decir de Hedemann[2837], por ejemplo, dicho elemento deriva de la dirección positiva que tiene el dolo, pues la voluntad impulsa hacia un fin querido al que obra «dolosamente».

Conforme al citado autor, se enfrentan aquí dos teorías principales: la de la representación y la de la voluntad. La primera ha desarrollado un amplio concepto del dolo; la segunda, reduce su ámbito.

La primera también considera dolosos aquellos casos en que el agente previó el resultado claramente, pero no lo tomó como fin de su voluntad. Es suficiente que haya sido previsto el resultado (contrario a derecho), esto es, que el agente haya tenido conciencia de la relación causal de su acto.

La teoría de la voluntad, por el contrario, solamente habla de dolo cuando el querer del agente estaba directamente encaminado al resultado que sea objeto de enjuiciamiento.

Sin embargo —en palabras de Francisco Bonet Ramón[2838]—, ambas teorías están de acuerdo con que el *dolus directus* abarca no sólo el resultado que el agente tuvo en mente o se propuso, sino también aquellas consecuencias a que no se tendía, consecuencias muy poco deseadas, que el autor consideraba como indisolublemente unidas al resultado apetecido[2839].

Agrega el citado profesor que la solución resulta más difícil cuando el autor es consciente de que su acto, en lugar del resultado (contrario a Derecho) directamente deseado, o juntamente con éste, de un modo no seguro pero posible, producirá acaso otro resultado también contrario a Derecho (*dolus eventualis*)[2840].

En tal caso, según la teoría de la voluntad, hay que distinguir. Así, si el agente deseaba ese posible resultado, es indudable que también lo ha querido. Pero si ha obrado con la esperanza, para él decisiva, de que aquel resultado posible que estima desagradable no se produciría, o si ha intentado incluso

2837 Hedemann, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, volumen III, pp. 161 y 162.

2838 Bonet Ramón, Francisco. *Derecho Civil*. Tomo I. Parte general, Madrid, 1959, pp. 741 y 742.

2839 Por ejemplo, si uno quiere matar a A, pero sabe que no puede hacerlo sino mediante un acto por el que también resultará la muerte de B, y lo ejecuta, aunque con gran pesar (porque afecta a B), tiene indudable conciencia de que su acto causará la muerte de B. Pero ha querido también esta consecuencia, ya que se ha representado el conjunto de las consecuencias de su acto (la muerte de A y B) como un todo inseparable, habiéndose resuelto a producir esta consecuencia total, ya que no podrá producir solamente el único resultado deseado (la muerte de A).

2840 Por ejemplo, el agente sabe que el tiro de escopeta dirigido al ciervo puede alcanzar a un cazador que se encuentra en la misma dirección, o que el incendio de la casa posiblemente tendrá por consecuencia la muerte de las personas que en ella duermen.

evitarlo, haciendo ruido, por ejemplo, para despertar a los moradores de la casa en llamas, no hay dolo con relación a ese resultado posible, sino sólo la llamada negligencia consciente.

La teoría de la representación, al no remontarse a la voluntad, hace imposible esta separación, pues la representación del autor sobre el nexo causal de su acto es exactamente la misma, al ser consciente de que su acto posiblemente producirá la consecuencia.

Por lo tanto —en opinión de ambos autores—, es preferible la teoría de la voluntad, toda vez que sólo ella hace posible decidir estos casos de un modo conforme con la realidad.

Por nuestra parte, advertimos que generalmente el deudor, cuando incumple su obligación por dolo, no lo hace para causar un perjuicio al acreedor, sino para conseguir ventajas para sí mismo. Cuando el transportista, por ejemplo, no cumple su obligación de trasladar a una persona de un lugar a otro, usualmente lo hace porque ha obtenido para la misma fecha otro contrato más ventajoso. Aquí el transportista incumple su obligación deliberadamente y no por un simple descuido o negligencia. Pero su incumplimiento doloso no está destinado a causar un perjuicio al acreedor, sino a obtener un mayor beneficio económico. Es claro que el dolo también se configuraría en caso de que el transportista incumpliera su obligación con el único propósito de causar un daño al acreedor y no por haber obtenido un contrato más ventajoso. Pero también es cierto que la hipótesis resulta remota o, por lo menos, poco frecuente.

Así, Emiliani Román[2841] expresa que, en todos los casos de mentiras y engaños, la intención de incumplir es esencial, y la de causarle daño al acreedor, más o menos definida. Por ejemplo, si un ingeniero no construye el puente a que se ha comprometido, como represalia porque no le concedieron unos reajustes, incumplirá intencionalmente con la finalidad definida de causarle daño al acreedor, y lo mismo ocurriría si altera la calidad de los materiales. Si, en cambio, engaña al acreedor tratando de justificar una demora con una fuerza mayor mentirosa, tendrá intención de incumplir, pero no una finalidad definida o determinada de causarle daño.

Según Emiliani Román, esto explica la paradoja de las culpas «dolosivas» de que hablan ciertos autores, dando a entender con dicha expresión, que un incumplimiento inicialmente culpable puede degenerar en uno de carácter doloso si el deudor apela a recursos reprobables para justificarlo. En el incumplimiento doloso aparece así una doble intencionalidad: la de incumplir y la más o menos definida de

2841 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 270 y 271.

causarle daño al acreedor. Este dolo concuerda —a decir de Emiliani Román— con la definición general que da de él el Código Civil colombiano en su artículo 63[2842].

Llambías[2843], asimismo, recuerda que Salvat exige, para que quede configurado el dolo del deudor, que éste haya obrado con intención de perjudicar al acreedor. Pero la ley de su país, la ley argentina, no contiene esa exigencia y no hay razón que obligue a suponerla. Opina que con el criterio de Salvat se trata con excesiva benignidad al deudor que incumple la obligación deliberadamente, pero sin el propósito específico de dañar los derechos del acreedor.

Por nuestra parte, reiteramos que, en el Derecho peruano, para que exista dolo en inejecución de obligaciones, no es necesaria la presencia de la voluntad de causar daño a la otra parte. Pero de estos conceptos nos ocuparemos posteriormente.

Ahora bien, el dolo se manifiesta como una acción u omisión. La primera forma es propia de las obligaciones de no hacer y la segunda de las obligaciones de dar y de hacer, aunque en estos casos la destrucción de la cosa debida también puede obedecer a una acción dolosa del deudor, que origina, como consecuencia, la omisión dolosa de dar o de hacer.

Hacemos hincapié en que el carácter dominante del dolo es la intención de no cumplir. Sin embargo, la intención es un elemento subjetivo, difícil, muchas veces, de precisar. Puede haber negligencia con una dosis de intención. El elemento de imputabilidad, claro en el dolo, se presenta un tanto oscuro en la culpa.

Aunque llegue a exteriorizarse la orientación dolosa del proceso volitivo, ella no interesa al legislador, mientras no se irrogue perjuicio, o no se altere la voluntad ajena.

El factor de la intención dolosa se aprecia sólo en consideración al incumplimiento *ex profeso* o adrede de las prestaciones, pues, como se anotara en líneas precedentes, son más frecuentes los actos positivos u omisiones para rehuir el cumplimiento de las obligaciones y proporcionarse un beneficio, que el hecho de intencionalmente no cumplir con dichas obligaciones con el propósito de perjudicar a otro.

2842 Artículo 63.- La ley distingue tres especies de culpa y descuido.
Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediado.
El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

2843 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 182 y 183.

(c) El tercer factor o elemento que caracteriza al dolo es la conciencia de antijuridicidad en el actor de que obra contra el derecho o contra el deber, por conocer la existencia de la norma jurídica prohibitiva o por saber, cuando menos, que el acto es moralmente reprobable.

De este elemento podrían inferirse otros dos, a saber:

- El conocimiento por el autor de la concurrencia de las características (de hecho, o de derecho) del supuesto de hecho, al que el ordenamiento jurídico condiciona la prohibición de ese acto; y de ahí se desprende, además, que el dolo queda también excluido por la suposición errónea de circunstancias que harían del acto un acto ilícito.
- Referirse a un resultado contrario al Derecho, es decir, que contradiga al ordenamiento jurídico; por ejemplo, el caso de la lesión. Basta la contradicción con el derecho objetivo, pues la violación de un derecho subjetivo, si bien es frecuente, no se da en todos los casos.

Para Uribe Holguín[2844] el dolo como intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro es fundamento suficiente de la responsabilidad civil.

Uribe Holguín no admite, sin embargo, que el incumplimiento doloso se caracterice por la intención de dañar al acreedor ni por la de obtener el deudor beneficio propio. Para él, estos fines no tienen influencia alguna en la determinación de si hubo o no hubo dolo. Refiere que así lo entendieron los romanos, como se comprueba de la lectura del siguiente pasaje: *«Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea victum vel ad malam mansionem extensum sequester solveri misericordia ductus, dolo proximun essem quod fatum est, arbitor, quia, cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, quum posseet non suscipere talem causam, quam decipere»,* lo que traducido significa: «Si el secuestre, movido de misericordia, soltare al siervo que atado y puesto en prisión para atormentarlo se le ha dado en depósito judicial, juzgo que este hecho se asimila al dolo; porque sabiendo lo que se quería hacer con el siervo, ha practicado intempestivamente la misericordia, pudiendo más bien no hacerse cargo de semejante depósito, en vez de engañar» (*El Digesto*, Libro 16, Título 13, Fragmento 7, principio).

Así, pues, en esa línea, tan doloso es el incumplimiento cuando el móvil ha sido dañar al acreedor o evitar el deudor un desembolso, como cuando se ha inspirado en la misericordia, la caridad o cualquier otro sentimiento análogo, por lícito, bueno o justo que en sí mismo sea.

Según Cazeaux y Trigo Represas[2845], existen, sin embargo, tres posiciones distintas en cuanto a la concepción del dolo en el incumplimiento de las obligaciones:

2844 Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 67-70.

2845 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo I, pp. 141 y 142.

(a) El dolo consiste en el incumplimiento deliberado cometido con intención de dañar o, por lo menos, con conocimiento y previsión del daño que se causa. Interpretan en este sentido Messineo, Larombière. Demolombe, Baudry-Lacantinerie y Barde, Planiol, Ripert y Esmein, Mazeaud y Tunc, Salvat y De Gásperi.

(b) El dolo en la inejecución de las obligaciones consiste en el incumplimiento deliberado de la prestación, aunque no medie intención de dañar. El dolo vendría a ser, en este caso, «[...] la conciencia de la infracción de un deber». Para ilustrar el concepto, Larenz pone el ejemplo de un taxista que no pasa a recoger al pasajero para llevarlo a la estación: si ello ocurre porque se olvidó, hay culpa; pero si lo hizo porque encontró otro pasajero que le pagó más, hay dolo. Comparten este criterio Giorgi, Puig Peña, Lafaille, Colmo, Busso, Borda, Llambías, Cazeaux y Trigo Represas, Salas Carranza y Morello.

(c) El dolo en la inejecución de las obligaciones se daría sólo cuando el deudor «malcumple» a sabiendas la obligación con una prestación distinta de la debida. Es esta la interpretación dada por Dimas Hualde.

En opinión nuestra, la segunda de las expuestas es la doctrina que prevalece y aquella que, incluso, es adoptada por nuestro Código Civil, cuando en su artículo 1318 prescribe que: «Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación».

El dolo —en principio— siempre es el mismo, por cuanto tiene el rasgo de producir en forma deliberada un hecho injusto, e implica, por consiguiente, «[...] la injuria provocada a la persona o a la propiedad ajena».

Sostenemos que no es inherente al dolo el propósito de perjudicar, ya que éste consiste en la sola conciencia de la inejecución, en la deliberada intención de no cumplir porque sencillamente no se quiere cumplir.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[2846], exigir la intención dañina para constituir la figura del dolo en el incumplimiento de las obligaciones es confundirlo con el delito. Cuando hay intención de dañar ya no estamos dentro de la esfera de la inejecución contractual, sino dentro de los actos ilícitos y quizá dentro de lo ilícito penal. Bien ha dicho Giorgi sobre este tema, que en la inejecución deliberada de la obligación el deudor no siempre persigue el propósito de dañar, sino que la mayor parte de las veces lo único que se propone es obtener para sí una mayor ventaja.

Por otra parte, para los autores que requieren en la conducta dolosa la presencia de una especial intención de dañar, el incumplimiento deliberado cometido sin ese objetivo dañino sería un caso de incumplimiento culposo. El error es evidente porque la culpa se caracteriza por la negligencia, el descuido, la imprevisión. Ella

2846 *Ibidem*, p. 142.

supone necesariamente un comportamiento exento de reflexión precisa sobre las consecuencias posibles de la acción, de manera tal que una inejecución cometida deliberadamente, aunque no se tenga un especial ánimo nocivo, jamás podría asimilarse a la conducta culposa.

Según anota Mosset Iturraspe[2847], el dolo, al igual que la culpa, admite graduaciones de las cuales surgen diversas especies: dolo directo, dolo directo de segundo grado y dolo eventual, destacadas por la doctrina penal y que —a decir del citado autor— parece ha olvidado la doctrina civil.

La clasificación citada se efectúa sobre la base de «su determinación»[2848] y adopta, además de las especies mencionadas, las siguientes: dolo determinado, indeterminado, alternativo y de peligro.

Simplificando dichas variedades, el citado autor presenta la siguiente clasificación:

(a) Dolo directo, de primer grado, es decir, aquél en que el resultado es querido inmediatamente por el autor. Se denomina también dolo inmediato.

(b) Dolo directo, de segundo grado, o sea, aquél en que el autor admite las consecuencias necesarias que surgen como resultado inseparable de su proceder; la intención es mediata, por lo que se le designa como dolo mediato[2849].

(c) Dolo eventual, que se caracteriza por el asentimiento del agente al resultado delictivo que se le aparece como probable. Recibe también el nombre de dolo condicionado[2850].

Como recuerda Mosset Iturraspe, tanto la doctrina civil como la penal, exponen una diversidad de sinónimos respecto del término dolo.

En Derecho usual, por ejemplo, dolo es sinónimo de fraude, simulación, engaño, maquinación insidiosa e incumplimiento premeditado.

2847 Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, 1982, tomo I, pp. 97-99.

2848 Son posibles, adicionalmente, otras clasificaciones que consideren: a) formas originarias y anticuadas: *dolus generalis* y *dolus indirectus*; b) por su prueba: probado y presunto; c) por su intensidad: impulsivo o pasional, repentino, deliberado, premeditado; d) por su importancia: principal y accesorio; e) por su permanencia: inicial, coetáneo y subsiguiente; f) por su especificación: general, especial y más especial; etcétera.

2849 En el dolo mediato o directo de segundo grado, se requiere, según Jiménez de Asúa, «a) la representación como seguro de ese resultado ligado necesariamente a los efectos de la conducta querida; y, b) la aceptación de esa consecuencia automáticamente deducida de su inexorable ligamen a lo querido» (citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, tomo I, p. 98).

2850 En el dolo eventual se exige: a) la representación del resultado como posible; b) el consentimiento en que se produzca; y c) la condición que de haberse convencido el agente de la producción de dicho resultado habría omitido su acto. (Luis Jiménez de Asúa, citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, pp. 98 y 99).

En Derecho Civil, resultan sinónimos los siguientes términos:

- Dolo causante o principal.
- Dolo incidental o accidental.
- Dolo directo (inmediato, según la clasificación dada por Mosset Iturraspe) o determinante de inejecución de obligaciones.

En Derecho Penal, resultan sinónimos los siguientes términos:

- Dolo *apertus*, de ímpetu o pasional.
- Dolo directo, inmediato, determinado o positivo.
- Dolo específico o especial.
- Dolo eventual (culpa con representación) o de peligro.
- Dolo indirecto o indeterminado.
- Dolo negativo o por reticencia.
- Dolo premeditado o de propósito.

Dentro del Código Civil peruano de 1984, la expresión «dolo» y sus derivados son plurisignificativos, empleándose, según el caso, como vicio de la voluntad, simple mala intención, como causa de inejecución de obligaciones, e incluso en su acepción de carácter penal[2851].

2851 Veamos, a modo ilustrativo, las normas del Código Civil que hacen mención del término o figura que ahora nos ocupa, a fin de que podamos apreciar la significación dada según cada caso.
Así, en el artículo 210 se señala que el *dolo* es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto; en tanto el artículo 212 establece que la omisión *dolosa* produce los mismos efectos que la acción *dolosa*; el numeral 213 indica que para que el *dolo* sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes; y el artículo 218 prescribe que es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, *dolo*, violencia o intimidación.
Por su parte, en el inciso 2 del artículo 221 se precisa que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
En el Derecho de Familia, según el inciso 6 del artículo 242, no pueden contraer matrimonio entre sí el condenado como partícipe en el homicidio *doloso* de uno de los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.
Así también, el inciso 7 del artículo 274 establece que es nulo el matrimonio del condenado por homicidio *doloso* de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se refiere el artículo 242, inciso 6; en tanto que, de acuerdo con el artículo 277, es anulable el matrimonio de quien lo contrae por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorar algún defecto sustancial de éste que haga insoportable la vida en común, reputándose como defectos sustanciales: la vida deshonrosa, la homosexualidad, la toxicomanía, la enfermedad grave de carácter crónico, la condena por delito *doloso* a más de dos años de pena privativa de la libertad o el ocultamiento de la esterilización o del divorcio.
Según lo previsto por el artículo 313, corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes, caso en el cual el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos *dolosos* o culposos.

ESTUDIO ALBERTO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, el efecto natural de toda obligación es el de ser cumplida. Si tal efecto no se produce, debe constatarse la causa del incumplimiento y, según ella, eventualmente responsabilizar al deudor.

De conformidad a lo indicado por el artículo 329, además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con *dolo* o culpa.
Es muy conocido que en virtud a lo anotado por el inciso 10 del artículo 333, constituye causa de separación de cuerpos la condena por delito *doloso* a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
Conforme indica el artículo 456, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen. Pero la norma agrega que cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con *dolo* responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.
Por otra parte, de conformidad a lo establecido por el inciso 8 del artículo 515, no pueden ser tutores los condenados por homicidio, lesiones *dolosas*, riña, aborto, exposición o abandono de personas en peligro, supresión o alteración del estado civil, o por delitos contra el patrimonio o contra las buenas costumbres.
Por su parte, el artículo 629 indica que el juez puede subsanar la inobservancia de los artículos 623 a 628, si no se debe a *dolo* ni causa perjuicio a la persona o bienes del sujeto a tutela o curatela; en tanto el numeral 651 señala que los miembros del consejo son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que, por *dolo* o culpa, sufra el sujeto a tutela o curatela, a no ser que hubiesen disentido del acuerdo que los causó.
En sede de Derecho Sucesorio, el inciso 1 del artículo 662 establece que pierde el beneficio otorgado en el artículo 661 el heredero que oculta *dolosamente* bienes hereditarios.
En materia de indignidad, según el artículo 667, son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios, entre otros, los autores y cómplices de homicidio *doloso* o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena (inciso 1); los que hubieran sido condenados por delito *doloso* cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior (inciso 2); y los que hubieran empleado *dolo* o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.
El artículo 769, a su turno, establece que en el legado de bien determinado no sujeto a condición o plazo, el legatario lo adquiere en el estado en que se halle a la muerte del testador, momento desde el cual le corresponden los frutos del bien legado y asume el riesgo de su pérdida o deterioro, salvo *dolo* o culpa de quien lo tuviere en su poder.
También apreciamos en Sucesiones al artículo 809, según el cual es anulable el testamento obtenido por violencia, intimidación o *dolo*.
En Derechos Reales, según lo dispone el artículo 1023, si la destrucción del bien ocurre por *dolo* o culpa de un tercero, el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño.
Ya en Derecho de Obligaciones tenemos al precepto que establece el concepto de *dolo*. Se trata del artículo 1318, norma que señala que procede con *dolo* quien deliberadamente no ejecuta la obligación.
Dentro de tal orden de ideas, según el artículo 1321, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo*, culpa inexcusable o culpa leve.
Por su parte, establece el artículo 1325 que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos *dolosos* o culposos de éstos, salvo pacto en contrario; en tanto que según el artículo 1326, 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.
El artículo 1328 dispone que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por *dolo* o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

Al respecto, comentando el artículo 1320 del Código Civil de 1936, José León Barandiarán[2852] expresa que, si la imposibilidad proviene de falta del deudor, la obligación se transforma en pago pecuniario de daños y perjuicios; obligación compensatoria que funciona en sustitución de la prestación primitiva *in natura*.

La obligación —señala León Barandiarán— debe ser siempre exigible en su forma natural. Sólo si ésta no llega a efectuarse, entonces tiene lugar la indemnización compensatoria de los daños y perjuicios, siempre que se trate de una imposibilidad imputable al obligado. Se sobrentiende que únicamente un incumplimiento que entraña perjuicio para el acreedor abre la acción respectiva de responsabilidad, por razón de tal «interés positivo» o de «cumplimiento».

En materia probatoria, conforme al artículo 1330, la prueba del *dolo* o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
En cuanto a la mora se refiere, el artículo 1340 indica que el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a *dolo* o culpa inexcusable del deudor.
En sede contractual, el artículo 1443 prescribe que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por *dolo* o culpa de la parte perjudicada.
En obligaciones de saneamiento, según el artículo 1494, no hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por *dolo* o culpa inexcusable del adquirente; mientras el inciso 7 del artículo 1495 señala que el adquirente tiene, en virtud del saneamiento, el derecho de pedirle al transferente la indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente incurrió en *dolo* o culpa al celebrar el contrato.
Asimismo, conforme al artículo 1497, cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce ésta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución, no siendo válida esta renuncia si el transferente actuó con *dolo* o culpa inexcusable.
En lo que atañe al saneamiento por vicios ocultos, prescribe el inciso 5 del artículo 1512 que la resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente la indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en *dolo* o culpa respecto de la existencia de los vicios; mientras según el artículo 1520, la renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con *dolo* o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.
En materia de hospedaje, de acuerdo con el artículo 1723, el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento tan pronto tenga conocimiento de ello; y, de no hacerlo, quedará excluida la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por *dolo* o culpa inexcusable de este último.
En torno de la prestación de servicios, establece el artículo 1762 que si ella implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de *dolo* o culpa inexcusable.
En sede de juego y apuesta, según refiere el artículo 1943, 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.
Y en materia de responsabilidad extracontractual, según el artículo 1969, aquel que por *dolo* o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de *dolo* o culpa corresponde a su autor.
En tanto que el artículo 1986, finalmente, agrega que son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por *dolo* o culpa inexcusable.

2852 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, p. 595.

En lo que respecta al dolo, la regla general sobre inejecución de obligaciones se refiere a una inejecución voluntaria y consciente de parte del deudor, y ello le acarrea responsabilidad. Como indica Jorge Eugenio Castañeda[2853], el deudor no ejecuta la prestación, no porque pretenda dañar a su acreedor, sino porque simplemente no quiere; el deudor doloso no realiza la prestación deliberadamente, sabe que debe, pero no paga porque no quiere; conoce que debe cumplir, pero no cumple, aun cuando no piense que su incumplimiento derivará en daño para el acreedor.

De ahí que el mismo autor sostenga que el dolo en las obligaciones se reduce a omisiones, a dejar de ejecutar las prestaciones; sólo cuando se trata de obligaciones de no hacer no nos encontramos con omisiones sino con acciones dolosas.

Por otro lado, se ha observado[2854] que en vez de «inejecución proveniente de dolo» o «incumplimiento por dolo», debió decirse «dolo en el cumplimiento», por ser una forma más comprensiva en cuanto incluye no sólo los casos de verdadera inejecución, sino también los de mala ejecución. Si bien las primeras expresiones admiten —con criterio amplio— que en el concepto de inejecución ha de entenderse incorporada también la mala ejecución, en el lenguaje hay una diferencia. Incluso se advierte que tampoco pueden equipararse mala ejecución (calidad) e inejecución parcial (cantidad). En suma, el dolo en el cumplimiento o, si se prefiere, la inejecución proveniente de dolo, puede consistir ya sea en una inejecución total, en una ejecución parcial, en una ejecución tardía o en una ejecución defectuosa.

Así, como presupuesto de responsabilidad civil, el dolo aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto. De ahí que también se le define como la voluntad deliberadamente desplegada a un resultado de antijuridicidad.

Conviene en esta parte del análisis desarrollar las diferencias y similitudes que pudieran existir entre los conceptos de dolo y previsibilidad.

- Se sabe que la teoría de la responsabilidad se asienta en una tesis de previsiones. La previsibilidad, como veremos más adelante, es el elemento característico de la culpa, consistente en la posibilidad de hacer conjetura sobre los requisitos dañosos de la acción, no previstos, sin embargo, de modo efectivo en el caso de que se trata.

Por ello, Mosset Iturraspe[2855] indica que al lado de un virtual haber podido prever, que configura la culpa, se ubica un efectivo haber previsto, que importa el dolo. En uno y otro caso, la previsión es el resultado externo, o sea, la producción del daño.

2853 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 81 y 82.
2854 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, pp. 242 y 243.
2855 Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, tomo I, pp. 95 y 96.

Esa imagen del dolo imputa al autor del hecho las consecuencias mediatas «cuando las hubiere previsto»; y, asimismo, imputa las consecuencias casuales «cuando debieron resultar, según la mira que tuvo el autor al ejecutar el hecho».

En ambos supuestos, a decir de Mosset Iturraspe, la ley se transfiere al «haber querido»: si alguien quiso hacer algo previendo que producirá tal resultado, la ley da por establecido que quiso dicho resultado, ya que quien quiere algo lo quiere con sus consecuencias.

El dolo tiene «una finalidad jurídicamente relevante» —sostiene Mosset— y esa finalidad no es otra que la realización de una voluntad dirigida a un resultado determinado en la norma prohibitiva, una deliberada intención de lograr un resultado, siendo irrelevante la conciencia de la antijuridicidad.

En suma, creemos que el deslinde entre la previsibilidad y el dolo —como factor de atribución de responsabilidad civil— debe plantearse desde el siguiente criterio:

- La estructura del dolo parte de la conjunción o síntesis entre voluntad y resultado.
- El concepto de dolo es normativo y no un mero fenómeno psicológico: «El juicio de culpabilidad, transforma la mera referencia psicológica de la intención, en dolo; es decir, en culpabilidad reprochable y, por tanto, normativa»[2856].
- Si no se «conjeturan» los resultados dañosos de la acción, se configura dolo y no simple negligencia; y, de concurrir la imposibilidad de prever, existiría uno de los elementos que determinan la excusa por caso fortuito.

Otra figura afín al dolo es la malicia, que a decir de Borda[2857] no equivale a dolo como equivocadamente se ha entendido.

Malicia es un dolo calificado por algunas de las siguientes circunstancias: a) intención de causar un daño; b) indiferencia de quien incumple ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor como fruto del incumplimiento.

La doctrina consultada enseña que, en materia contractual, incumplimiento doloso significa intención de no cumplir.

Así, la Casación n.° 1146-2000-Ica, de fecha 11 de agosto de 2000, señala, «*Sétimo*. La actuación con mala fe de la parte recurrente, configura la figura (sic) del dolo de acuerdo con el artículo 1318 del Código Civil que dispone que procede

2856 Von Liszt citado por Mosset Iturraspe, Jorge. *Op. cit.*, p. 96.

2857 Guillermo A. Borda citado por Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 142 y 143.

con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación y en este caso la obligación era mantener la vigencia del contrato de distribución de gas hasta su vencimiento de acuerdo a los fundamentos de las sentencias inferiores».[2858]

Ahora bien, este incumplimiento intencional, por sí solo, no tiene por qué ocasionar mayor responsabilidad que el incumplimiento culposo. Desde el punto de vista del acreedor, ¿qué importancia tiene que el incumplimiento se deba a que el deudor se olvidó de la obligación o a que no haya querido cumplirla? Lo que interesa al acreedor es el pago puntual. Los procesos psicológicos que llevaron al deudor al incumplimiento, le son, en principio, indiferentes.

Por otro lado, nosotros consideramos que conviene también distinguir el dolo de la lesión.

En sentido jurídico amplio, lesión significa perjuicio económico derivado de una relación jurídica contractual, por cuya razón se concede a la parte perjudicada una acción para dejar sin efecto dicho contrato.

Pero en sentido jurídico restringido, la lesión es un vicio contractual que se presenta al momento de la celebración del acto, en donde existe una desproporción mayor de dos quintas partes entre el valor de las prestaciones, un estado de necesidad en la parte lesionada y el aprovechamiento de ese estado de necesidad por parte del lesionante, con eventuales consecuencias rescisorias o de reajuste del valor de las prestaciones contractuales (artículo 1447 del Código Civil peruano de 1984).

Romero Zavala[2859] explica que el perjuicio económico es consecuencia de una desproporción considerable entre las prestaciones, porque obviamente entre ellas siempre habrá diferencias de valor, aunque el contrato sea conmutativo, pues la igualdad absoluta es una utopía. Ese desnivel de valor insignificante —agrega el citado autor—, no generará mayor perjuicio económico y como los contratantes son conscientes de la existencia real de esas diferencias, hacen renuncia a todo reclamo posterior y se hacen recíproca donación de cualquier exceso. Pero si el desequilibrio es verdaderamente excesivo, debe buscarse un *iustum pretium*, como decían los romanos.

En suma, la doctrina y la legislación nacionales han optado por la naturaleza objetiva-subjetiva de la lesión. En efecto, para que proceda la acción rescisoria por lesión se exige, en primer lugar, que exista una desproporción entre las prestaciones, al momento de celebrarse el contrato, mayor de las dos quintas partes, que es el elemento objetivo; y luego, en segundo lugar, se requiere que tal desproporción resulte del aprovechamiento, por uno de los contratantes, de la necesidad apremiante del otro (elementos subjetivos).

2858 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 972. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2859 Romero Zavala, Luis. *Teoría general de los contratos*. Lima: Fecat, 1999, tomo II, p. 123.

Ahora bien, si tenemos en cuenta todos los elementos característicos de la lesión (sea genérica o enorme), podríamos concluir en que ésta es siempre la consecuencia de un hecho, de una situación material, constituida por la desproporción entre las prestaciones, o como señala Manuel de la Puente y Lavalle[2860]: «La lesión no da, por la sola razón de existir, nacimiento a un derecho o justificación a una acción que tienda a reparar el perjuicio en que ella consiste, desde que el perjuicio, por su mera existencia, no tiene carácter antijurídico. Sólo en la medida que pueda establecerse que el perjuicio proveniente de la lesión es injusto, surgirá el derecho a obtener su reparación».

Por el contrario, el dolo, como factor de atribución de responsabilidad civil, puede consistir tanto en un hecho como en una omisión intencional del deudor, destinada a dejar sin cumplimiento la obligación o a hacer que ella se cumpla sólo de un modo parcial, tardío o defectuoso.

Sobre la actuación con dolo, en materia jurisprudencial, observamos lo dispuesto en la Casación n.º 4370-2018-Cusco, de fecha 10 de julio de 2019, «*Vigésimo primero.*- En relación al elemento dolo, de la misma sentencia aparece que si bien el accionante habría omitido señalar si el Gobierno Regional de Cusco ha actuado con dolo, culpa inexistente o culpa leve, sin embargo, el juez de la causa, adecuando los hechos a la norma respectiva ha concluido que el demandado actuó con dolo civil (artículo 1318 del Código Civil) dado que de manera deliberada omitió el pago oportuno respectivo derivado del contrato celebrado entre las partes, no obstante encontrarse dicho pago debidamente presupuestado dado que provenía de un acto de contratación cuya validez no ha sido por lo demás enervada o cuestionada al no advertirse resolución judicial firme que la haya dejado sin efecto, situación que obviamente ha ocasionado un daño al recurrente por el que debe responder».[2861]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2860 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, segunda parte, tomo v, p. 246.

2861 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 405. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-4370-2018-Cusco-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

La culpa y sus modalidades

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

1. Fuentes nacionales del artículo 1319

Dentro de la legislación colonial, y en lo relativo a la negligencia, debe hacerse mención de la Ley de la Siete Partidas, Ley 11, Título XXXIII, Partida Séptima: «*Otrosí dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuissima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse*».

El artículo 1319 del Código Civil peruano 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 trata el tema en sus artículos 1266: «La culpa consiste en una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia ó negligencia; pero sin propósito de dañar»; y 1267: «La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 no registra antecedentes al respecto.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 regula el tema en su artículo 314: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hace en el artículo 300: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

ESTUDIO RIOCASTRO FORYE

De otro lado, señalamos que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trata el tema en su artículo 1311: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; mientras que el Código Civil de 1936, lo hacía en el artículo 1322: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no registraba antecedentes; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, abordaba el particular en su artículo 174: «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1337: «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1286: «Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación»[2862].

2862 Presentamos a continuación los artículos del Código Civil peruano de 1984 referidos a la culpa grave o inexcusable:
En materia de acto jurídico, el artículo 158 dispone que el representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección.
Luego, recién volvemos a apreciar la expresión «culpa inexcusable» en sede de inejecución de obligaciones, precisamente en los preceptos centrales.
Como sabemos, según el artículo 1319, incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación; en tanto que el primer párrafo del artículo 1321 dispone que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo*, culpa inexcusable o culpa leve.
Por su parte, el artículo 1328 sanciona con nulidad toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.
En materia probatoria, el artículo 1330 prescribe que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
En lo que respecta a la mora, de acuerdo al artículo 1340, el acreedor que se halle en ese estado asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.
En las obligaciones de saneamiento, conforme al artículo 1494, no hay lugar a saneamiento por evicción cuando el derecho del tercero llegue a ser exigible por dolo o culpa inexcusable del adquirente.
Ahora bien (artículo 1497), cuando se pacta que el transferente no queda sujeto a la obligación de saneamiento por evicción, si se produce ésta debe devolver la contraprestación que recibió, a no ser que el adquirente renuncie expresamente a dicha devolución; no siendo válida esta renuncia si el transferente actuó con dolo o culpa inexcusable.
De conformidad con el artículo 1520, la renuncia al saneamiento es nula cuando el transferente actúa con dolo o culpa inexcusable respecto a la existencia de vicios del bien al momento de celebrarse el contrato o de pactarse la renuncia.
En materia de hospedaje, según establece el artículo 1723, el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento

2. Fuentes nacionales del artículo 1320

Dentro de la legislación colonial, debe hacerse mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 11, Título XXXIII, Partida Séptima: «*Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuissima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse*».

El artículo 1320 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El Código Civil de 1852 trataba la materia en sus artículos 1267: «La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omisión de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes»; 1270: «Se presta la culpa leve, en los contratos en que la utilidad es recíproca entre las partes»; y 1271: «La culpa levísima se presta por el que reporta la utilidad en los contratos unilaterales.— El que sufre el gravamen ó tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 no abordaba el tema.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 desarrollaba el particular en el artículo 314: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 300: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 trataba el tema en el artículo 1311: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1322: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la

tan pronto tenga conocimiento de ello; y de no hacerlo, quedará excluida la responsabilidad del hospedante, salvo cuando tales hechos se produzcan por dolo o culpa inexcusable de este último.
En cuanto a los contratos de prestación de servicios, tenemos al numeral 1762, que establece que si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.
En sede de responsabilidad civil extracontractual, prescribe el artículo 1986 que son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

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 el artículo 188: «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 175: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en su artículo 1338: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1287: «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

3. Análisis

3.1. La culpa

La culpa es otro de los conceptos más delicados para el Derecho, por los matices del vocablo y por las diversas valoraciones legislativas y doctrinales que presenta.

Así, la noción de culpa como hecho generador de la responsabilidad civil es el producto de una profunda evolución.

La doctrina informa que en el Derecho romano se distinguían dos grados de culpa: la culpa grave (*culpa lata*) y la culpa leve (*culpa levis* o simplemente culpa), y que la responsabilidad del deudor variaba según la categoría de la culpa.

La culpa grave consistía en omitir los cuidados más elementales, en no hacer lo que todo el mundo consideraría necesario hacer; «*lata culpa* —decía en este sentido un texto de *El Digesto*— *est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt*» (culpa lata es la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden).

La culpa leve, o simplemente culpa, presentaba dos modalidades diferentes que los autores designan con los términos de culpa leve *in abstracto* y culpa leve *in concreto*. Su significado era el siguiente:

(a) La culpa leve *in abstracto* consistía en omitir los cuidados de un buen padre de familia (*bonus pater familias*), es decir, los cuidados que prestaría un hombre de una diligencia ordinaria o común. Se toma aquí como tipo de comparación una abstracción ideal.

(b) En cuanto a la culpa leve *in concreto*, ella consistía en una variante de la responsabilidad derivada de la culpa leve *in abstracto*. El deudor, en efecto, aunque hubiese incurrido en culpa leve *in abstracto*, es decir, aunque hubiese omitido los cuidados de un buen padre de familia, no incurría en responsabilidad si demostraba que había puesto los mismos cuidados que habitualmente aportaba a sus propias cosas. Aquí, para determinar si había o no culpa, no se tomaba como punto de comparación el tipo ideal y abstracto de un buen padre de familia, sino al deudor mismo. Los intérpretes del Derecho romano afirman que esta culpa era privativa del contrato de depósito, en que el depositario no incurría en responsabilidad si prestaba al bien entregado en depósito los mismos cuidados que habitualmente acostumbraba prestar a los suyos, aunque dicho bien se deteriorara o destruyera. El arquetipo de comparación, en consecuencia, no era un ser abstracto sino el propio deudor. No sabemos si esta regla se incorporó en el artículo 1609, inciso 1, del Código Civil de 1936 —«Son obligaciones del depositario: 1°.— Cuidar de la cosa depositada como propia; [...]»— con conocimiento de sus alcances, pero lo cierto es que ella ya no aparece en el Código Civil de 1984. En la ley actual, por consiguiente, las obligaciones del depositario se rigen por los principios de la culpa grave y la culpa leve previstos por los artículos 1319 y 1320 del Código Civil.

Sobre la base de esta clasificación bipartita de la culpa, el Derecho romano llegó a establecer los dos principios fundamentales siguientes: (1) cuando el deudor tenía interés en la obligación, respondía de toda clase de culpa, es decir, tanto de la culpa grave como de la culpa leve *in abstracto*; (2) si, por el contrario, el deudor no tenía interés en la obligación, su responsabilidad se limitaba exclusivamente a la culpa grave. En otros términos, siempre se respondía por la culpa grave, la cual quedaba equiparada al dolo, sin distinguir si el deudor tenía o no interés en la obligación; pero de la culpa leve el deudor respondía únicamente en caso de que tuviera interés en la obligación. Por aplicación de estos principios, en los contratos celebrados en interés de las dos partes, por ejemplo, en el contrato de compraventa, en el de locación, etcétera, ambas eran responsables no sólo de la culpa grave sino también de la culpa leve; si, por el contrario, el contrato había sido celebrado en interés de una sola de las partes, la parte interesada respondía de la culpa grave y de la culpa leve, pero la parte no interesada, es decir, la que no obtenía del contrato ventaja alguna (por ejemplo, el depositario en el depósito gratuito, el comodante, etcétera), respondía únicamente de la culpa grave.

A decir de Van Wetter[2863], la teoría descrita resulta racional. Cuando un deudor obtiene un provecho de la obligación es conforme a la razón que el acreedor pueda contar con la diligencia de un buen padre de familia; pero si el deudor

2863 Citado por Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 135.

hace un puro servicio, él quiere hacer el servicio tal cual. El acreedor que recibe una liberalidad no tendría razón de quejarse de una negligencia ordinaria; todo lo que él puede razonablemente exigir del deudor, es que éste se abstenga de dolo y de culpa grave.

Sin embargo, los romanistas antiguos (desnaturalizando la teoría del Derecho romano e interpretando sus textos caprichosamente), habían elaborado un sistema de clasificación tripartita de la culpa, es decir, un esquema conformado por tres grados: culpa grave, culpa leve y culpa levísima; esta última consistía en omitir los cuidados de un «muy buen padre de familia».

Salvat[2864] describe cómo se hacía funcionar esta clasificación: a) en los contratos en los cuales el deudor no tenía interés alguno, respondía únicamente de la culpa grave; b) en los contratos celebrados en interés de las dos partes, el deudor respondía de la culpa grave y de la culpa leve; c) en los contratos celebrados en interés exclusivo del deudor, éste respondía de la culpa grave, de la culpa leve y de la culpa levísima.

Magali Carnevali[2865], por su parte, anota que el legislador del antiguo Derecho romano consideró a la culpa como una cuestión accesoria, dedicando todo su interés al daño mismo.

En efecto, al desarrollar el tema referente a la evolución histórica de la responsabilidad civil hemos visto que, con el propósito de poner fin a los conflictos suscitados por el ejercicio de la venganza, el legislador del antiguo Derecho romano impuso una compensación, dándole mucha más importancia al perjuicio causado que a la culpa cometida, y declarando que tal daño llevaba consigo el pago de una compensación.

No obstante, según anotan los autores, esta forma de imponer la reparación condujo a consecuencias absurdas y pronto se comprendió que no era correcto sancionar a aquellas personas carentes de razón, sin aptitud para distinguir entre el bien y el mal, tales como los niños y los locos. Sin embargo, según viéramos con anterioridad, la ley Aquilia no exigía todavía la culpa del autor del daño, y sólo era suficiente la existencia del *damnum injuria datum* (daño o perjuicio causado injustamente), el cual, a su vez, presuponía los siguientes requisitos:

(a) Que hubiera el *habeas laessu*, o sea, que el daño consistiera en la destrucción total o en el deterioro material de una cosa corporal perteneciente a otro.

(b) Que el daño hubiera sido causado por la acción directa del autor.

2864 *Idem.*

2865 Carnevali, Magali. «Elementos de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio». En *Anuario de la Universidad Los Andes*, n.° 17, Facultad de Ciencias Jurídicas, Venezuela, p. 28.

ESTUDIO GARCÍA CASTILLO PRIETO

(c) Que se tratara de un daño causado sin derecho, de donde resulta que el *damnum injuria datum* suponía la ilegitimidad del hecho, es decir, que éste fuera realizado *sine iure* o *contra ius*.

(d) Por último, era necesario que el daño fuera realizado por un hecho del hombre y no por una simple omisión.

Es evidente, entonces, que hubo numerosos casos de responsabilidad sin culpa, y por ello la noción de culpa se mantuvo vacilante.

La doctrina se cuestiona, por consiguiente, cómo dar explicación a la famosa frase: «In Lege Aequilia et levissima culpa venit» (en la Ley Aquilia se responde por culpa levísima). Carnevali considera que la respuesta a esta pregunta la dan en forma muy acertada los Mazeaud cuando afirman: «En realidad es muy probable que cuando comenzó a aparecer la idea de culpa, hubo que limitarse a una culpa cualquiera, puesto que con anterioridad no se exigía ninguna. No cabía restringir de un solo golpe los derechos de la víctima. En el origen a ella sola le pertenecía constituirse en Juez de la conducta del autor del daño; en adelante, se impone a ella un principio al menos en ciertos casos: no hay persecución posible sin culpa. Además, no se podía exigir que la culpa cometida fuera caracterizada; había que contentarse necesariamente con negar la acción si la conducta del autor del daño era absolutamente irreprochable, si no había incurrido ni siquiera en la culpa más leve. Tan sólo muy poco a poco se fueron imponiendo mayores restricciones, al advertirse que la pena no podía existir sin una culpabilidad del agente; este último deberá haber incurrido en una culpa caracterizada»[2866].

Con el transcurso de los años, la noción de culpa se desarrolló y se precisó en el Derecho romano, hasta el punto de considerarse que el autor de un delito privado sólo podía ser castigado si había incurrido en culpa, esto es, si había cometido el hecho por culpa. Esta exigencia significa un progreso importante dentro de la evolución de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta las antiguas concepciones del derecho de venganza, imperantes en las legislaciones primitivas donde la buena o la mala fe del autor era indiferente, sin interesarse en la culpabilidad del que lesionaba. La víctima instintivamente reaccionaba contra cualquier ataque a su persona o a sus bienes, sin importarle quién le había herido, ya fuera un niño, un loco o un animal[2867].

Éste fue el sistema del Derecho romano en torno de la culpa, y así la entendieron los glosadores y jurisconsultos de la Edad Media.

Los civilistas franceses, hasta Pothier, acogieron la teoría tripartita de la culpa, pero luego comenzaron las críticas a dicha teoría, que vinieron a impedir

2866 MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte I, volumen I, p. 45.
2867 *Idem.*

su consagración en el Código Napoleón. En la discusión del proyecto de Código, Favard y Bigot de Préameneu destacaron por sus severos cuestionamientos.

El primero afirmaba: «La obligación del deudor encargado de conservar la cosa que debe dar, no puede ser más o menos extensa, sino relativa a lo que es materia del contrato; porque desde este aspecto, los medios de conservación varían según la naturaleza de los objetos que son confiados a sus cuidados. La responsabilidad del deudor lo obliga a toda custodia de un buen padre de familia; pero no se le puede exigir que vaya más allá dedicándole un cuidado extraordinario, a menos que haya contraído expresamente la obligación o que ésta sea consecuencia necesaria de su compromiso. Pero en ningún caso es dispensado de prestar los cuidados que razonablemente se deben esperar de un buen padre de familia para la conservación de su propia cosa; y este principio, para el cual la ley no fija ni puede fijar gradación alguna, es la única regla que se ha debido admitir para apreciar la culpa que debe producir la responsabilidad del deudor»[2868].

Bigot de Préameneu decía: «Esta división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica; no deja de ser necesario verificar respecto de cada culpa si la obligación del deudor es más o menos estricta; ¿cuál es el interés de las partes?; ¿cómo han entendido obligarse?; ¿cuáles son las circunstancias?; cuando la conciencia del juez ha sido ilustrada así, no hay necesidad de reglas generales para pronunciarse según la equidad. La teoría en que se dividen las culpas en muchas clases, sin poder determinarlas, no puede sino arrojar una falsa claridad y convertirse en materia de las más numerosas controversias. La propia equidad repugna las ideas sutiles. Por esto se ha decidido que el deudor que está obligado a velar por la conservación de la cosa debe prestarle todos los cuidados de un buen padre de familia, sea que la convención no tenga por objeto sino la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común»[2869].

Ante tales oposiciones, el Código Napoleón vino a consagrar la «teoría de la unidad de la culpa», donde se termina con la clasificación tripartita de la culpa; en adelante la culpa se reduce a la comparación entre una conducta dada (participación en el acto jurídico) y una conducta tipo (la actuación de un sujeto normal).

A entender de muchos autores, los redactores del Código Civil francés se mantienen firmes al exigir la culpa como elemento indispensable de la responsabilidad civil, cualquiera que ésta fuese. Por consiguiente, cuando el autor del daño ha observado una conducta irreprochable, no es posible, bajo ningún aspecto, obligarlo a la reparación, ya que el daño para ser resarcible debe ser resultado de una culpa, ya sea por imprudencia o por negligencia. Dicho en otros términos, es suficiente cualquier tipo de culpa, independientemente de que el sujeto haya tenido

2868 Citado por Montoya Pérez, Guillermo. «De la culpa en el campo del acto jurídico». En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.° 94, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, p. 60.

2869 También citado en *ibidem*, pp. 60 y 61.

la intención de causar el daño, o no haya tenido la voluntad de producirlo. Así lo consagra el artículo 1383 del Código en referencia, cuando establece: «Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia». De la norma transcrita se desprende que la nota característica del Código Civil francés, en esta materia, es que la responsabilidad tiene como base y fundamento la idea de culpa y, por ende, cualquier persona que pretenda obtener indemnización en virtud de haber sido lesionada por otra, deberá probar la culpa de esta última.

Asimismo, es el artículo 1137 del Código Civil francés el que determina (al menos en opinión de una parte considerable de la doctrina) la abolición de la vieja teoría de la clasificación de la culpa en grados, al prescribir lo siguiente:

> Artículo 1137.- La obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que la conservación no tenga por objeto sino la utilidad de una de las partes, sea que ella tenga por objeto su utilidad común, somete a aquél que está encargado de ella aportarle todos los cuidados de un buen padre de familia.
>
> Esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, son explicados bajo los títulos que les conciernen.

De este artículo, según expone Busso[2870], resulta el siguiente principio fundamental: el deudor es responsable de la culpa que no cometería un buen padre de familia, es decir, una persona cuidadosa y diligente. Es la culpa leve *in abstracto* del Derecho romano.

Los sistemas modernos se limitan a fijar reglas generales, dejando librado al criterio judicial su exacta aplicación.

Así, el Código suizo de las Obligaciones, sin definir la culpa, sienta una noción concreta: «En general, el deudor está obligado por toda culpa. Esta responsabilidad es más o menos extensa según la naturaleza particular del negocio; debe particularmente apreciarse con menor rigor cuando el negocio no está destinado a procurar una ventaja al deudor» (artículo 99). Para la casi totalidad de los autores, el referido texto es interpretado en el sentido de que no fija una pauta rígida, sino que deja librado al criterio del juez la determinación de la responsabilidad que incumbe al deudor.

En lo que respecta a las interpretaciones de la doctrina en relación con el Código Civil alemán, hemos podido percibir una situación bastante particular.

Según Salvat[2871] y Llambías[2872], por ejemplo, el Código Civil alemán, continuando la tradición de las antiguas legislaciones germánicas que, a decir de

2870 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo II, pp. 278 y 279.

2871 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 141 y 142.

2872 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 203 y 204.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dichos tratadistas, parecían no conocer la distinción de la culpa en grados ni consagraban tipo alguno de comparación, también ha adoptado un criterio práctico, estableciendo que «la negligencia consiste en no prestar los cuidados requeridos en las relaciones ordinarias». Esta fórmula, «cuidados requeridos en las relaciones ordinarias», implica, según los referidos profesores, dejar librado al criterio judicial, sin restricciones de ninguna clase, sin someterlo a tipo alguno de comparación, el punto referente a si existe o no culpa por negligencia del deudor. Así, dichos autores finalizan precisando que el Código Civil alemán presenta un carácter más netamente práctico y objetivo.

Por su parte, para Bufnoir y Saleilles, el Código Civil alemán adopta como tipo de comparación un tipo abstracto y no la apreciación subjetiva de los hábitos de administración personales del deudor. Según estos autores, se ha sustituido al tipo abstracto del «buen padre de familia» por uno más moderno: «hombre de negocios leal y honesto».

Pero en realidad el Código Civil alemán no hace referencia alguna ni a «cuidados requeridos en las relaciones ordinarias», ni a «comerciante leal y honesto», habida cuenta de que las normas del citado cuerpo legislativo que tratan sobre la culpa prescriben lo siguiente:

> Artículo 276.- El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico. Se aplican las disposiciones de los parágrafos 827 y 828.
>
> La responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor.
>
> Artículo 277.- Quien únicamente ha de responder de aquella diligencia que suele emplear en sus propios asuntos, no queda libre de responsabilidad a causa de culpa grave.
>
> Artículo 278.- El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. No se aplica la disposición del parágrafo 276, párrafo 2.

Más allá de las interpretaciones que sobre el particular quieran dar los autores, lo cierto es que el Código alemán cambió la noción del «buen padre de familia», por el estándar de los «cuidados exigibles en el tráfico», lo cual significa una complementación entre «el comerciante honesto y leal» y «los cuidados requeridos en las relaciones ordinarias», puesto que en realidad la culpa (*Fahrlässigkeit*), para los alemanes, consistiría en no poner los cuidados exigibles en las relaciones comerciales.

El Código Civil español, por su parte, adopta un sistema híbrido que alude al patrón abstracto del buen padre de familia, y al propio tiempo al criterio concreto

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

indicado por la peculiar naturaleza de cada obligación y por las circunstancias particulares de cada caso, a saber:

> Artículo 1104.- La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
>
> Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

Por otro lado —en el terreno latinoamericano que, como veremos, también recibió marcada influencia de las legislaciones antes citadas—, Emiliani Román[2873] señala que al deudor se le puede exigir una diligencia suma, una diligencia mediana o una diligencia mínima. La falta de cada una de estas diligencias a que está obligado el deudor, según los casos, engendra como consecuencia su culpa o negligencia de la cual debe responder. De ahí que el citado autor define a la culpa contractual como aquella falta de diligencia que el deudor ha debido emplear en el cumplimiento. Es, pues, una negligencia que consiste en la falta de la diligencia a que el deudor está obligado por el contrato o por la ley.

Según el citado profesor, el deudor está obligado por el contrato o la ley a observar una diligencia suma o máxima, lo que quiere decir que responderá aun de la más leve culpa o negligencia, esto es, hasta de la culpa levísima. Si sólo está obligado a una diligencia mediana, responderá hasta la culpa o negligencia mediana, llamada culpa leve; y si sólo debe guardar una diligencia mínima, no responde sino de una culpa o negligencia grave, es decir, de la culpa grave, denominada tradicionalmente lata, y no compromete su responsabilidad por culpa o negligencia menores, como son la leve y la levísima.

Expresa Emiliani Román que nace a través de esta gradación racional la llamada tradicionalmente clasificación tripartita de las culpas contractuales, contempladas y definidas en el artículo 63 del Código Civil colombiano[2874].

Conforme a lo antes mencionado, don Andrés Bello (que como se sabe fue el autor indirecto del Código Civil colombiano, al elaborar el Proyecto de Código que luego adoptara Chile, y posteriormente Colombia y otros países más), configuró tres tipos abstractos de personas para medir la diligencia a que está obligado el deudor según los casos, y deducir la responsabilidad consiguiente: el tipo del hombre juicioso en la administración de sus negocios importantes, que representa la esmerada o suma diligencia, y cuya infracción constituye como consecuencia la culpa levísima; el tipo del hombre común en la administración ordinaria de sus

2873 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 261-264.

2874 La doctrina colombiana destaca que en la práctica, lo que suele pactarse no es con referencia directa a la diligencia, sino a la culpa, esto es, que se dirá que el deudor ha de responder hasta por la determinada culpa a que se obliga.

propios negocios, que encarna la diligencia o cuidado ordinario o mediano, el cual equipara al buen padre de familia, y cuya infracción configura la culpa leve; y el del hombre negligente o de poca prudencia también en sus propios negocios, que personifica la mínima diligencia exigible a una persona, cuya infracción conforma la culpa lata o grave, tan grave o lata que en materias civiles la equipara al dolo.

Nótese de este recuento que la culpa ha sido ligada a conceptos como el *bonus pater familias* o *diligens pater familias* del Derecho romano, del cual derivó el del «muy buen padre de familia», según errónea interpretación o defectuoso entendimiento de los autores del medioevo. Pero, veamos cuál es el alcance de estos conceptos.

El buen padre de familia no es, como algunos dicen, una ficción jurídica; por el contrario, es una figura histórica de la Roma antigua. Era el ciudadano romano perfecto y el genuino representante de la sociedad. Era el jefe de la hacienda que con la conciencia de su propia responsabilidad atendía la administración de la familia y de la casa. Era el hombre que ofrecía el máximo de seguridad y garantía, prototipo de equilibrio y sentido práctico de la vida.

Tal fue su importancia que su significación —si bien ligada a las valoraciones de cada época y lugar— sirvió de medida y modelo para estructurar la conducta tipo del hombre inteligente, prudente y juicioso.

En ese sentido, cuando se equipara o define la culpa como la omisión de los cuidados de un buen padre de familia, ello significa que con dicha expresión se inspira establecer el límite de la responsabilidad, la medida de la culpa.

Ahora bien, cuando los glosadores y jurisconsultos determinaron un tercer grado de culpa, la culpa levísima, que consistía en omitir los cuidados de un «muy buen padre de familia», pretendieron únicamente ponerle énfasis a la acepción del *bonus pater familias*, «hasta el grado superlativo de significación», que en realidad, como hemos visto, sólo sirvió para desfigurar e interpretar antojadizamente la clásica concepción del Derecho romano e inventar una «figura tipo» para los contratos celebrados en interés exclusivo del deudor.

En lo que respecta a nuestra legislación, el Código Civil de 1936 abolió el sistema de la clasificación de la culpa que consagraba el Código Civil de 1852. El Código de 1936 admitía, sin embargo, la culpa grave —denominándola culpa inexcusable— al prohibir la renuncia de la acción por la responsabilidad en que podía incurrir el deudor por esa causa (artículo 1321). Y también admitía la culpa *in concreto*, tal como antes lo señalamos, al consignar como una de las obligaciones del depositario la de «cuidar de la cosa depositada como propia» (artículo 1609, inciso 1, del Código Civil).

La legislación peruana de 1936 tampoco seguía el sistema francés del tipo abstracto de comparación, del «buen padre de familia». El artículo 1322 de ese Código disponía que «La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que

exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

La regla estaba plenamente justificada. En esta materia las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciar, de acuerdo con una idea abstracta, la figura del «buen padre de familia». «Lo que realmente se debe apreciar y juzgar, es la conducta de determinado deudor y no el proceder de cualquier sujeto del género humano»[2875].

El Código Civil de 1984 reproduce, en el artículo 1320, la misma doctrina que el artículo 1322 del Código Civil de 1936, al estatuir que «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

El actual Código también acoge, como se ha expresado, la diferencia entre la culpa inexcusable y la culpa leve, no sólo a efectos de la cláusula de no responsabilidad, sino para la determinación de los daños y perjuicios.

Lo que el Código de 1984 no admite, lo reiteramos, es una norma similar a la del artículo 1609, inciso 1, del Código Civil de 1936, que se encontraba incorporada al contrato de depósito. El precepto del Código Civil de 1984, consignado en el artículo 1819, exige al depositario «poner en la custodia y conservación del bien, bajo responsabilidad, la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Se ha abandonado pues el concepto romano de la «culpa leve *in concreto*», para ingresar en el moderno concepto de que el juez, apreciando la naturaleza y circunstancias de la relación obligacional, sea quien determine si el deudor ha procedido o no con la diligencia debida.

Entonces resulta prudente que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos: ni a la clasificación en grados, ni al tipo abstracto de comparación.

En nuestro sistema la diligencia es el común denominador. Y, para saber si ella se empleó deben apreciarse la «naturaleza de la obligación» y «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Teóricamente la distinción entre los sistemas del Código Napoleón y del Código Civil peruano es nítida, pero en su aplicación práctica esa diferencia es, con frecuencia, irrelevante.

Es difícil pensar que un juez prudente cree en el sistema francés la figura inmutable y, por lo tanto, aplicable a todos, del «buen padre de familia». Creará un tipo abstracto, a no dudarlo, pero vinculado a la forma como habría procedido concretamente ante esa obligación, de acuerdo con su rango social, económico e

2875 Enrique V. Galli, nota a la obra citada de Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, n.° 130, p. 140.

intelectual; de acuerdo con el tiempo; de acuerdo con el lugar; de acuerdo, en fin, con la naturaleza de la obligación.

¿Y acaso no proceden los jueces en nuestro sistema de igual manera? Porque para saber si el deudor incurrió o no en culpa, el juez, necesariamente, comparará el caso concreto con la manera como hubiera procedido el común de las gentes, creando, aunque sea sin quererlo, un tipo ideal o abstracto.

El juez, en síntesis, compara siempre la forma como ha procedido el deudor con la forma como hubiera procedido un hombre normal, usando, para ello, su propia experiencia.

Podemos preguntarnos, por eso, si no hemos llegado, sin quererlo, al *bonus et diligens pater familias* del Derecho romano.

Conviene ahora ahondar en las posiciones doctrinarias y legislativas en torno al concepto mismo de la culpa y sus principales características.

En sentido amplio, se entiende por culpa toda falta (voluntaria o no) que causa un mal o un daño; es decir, causa humana de uno u otro.

Cabanellas[2876] puntualiza que en una primera selección de responsabilidad se separa de ello todo cuanto no obedece a malicia o a descuido; o sea, lo imprevisible, o al menos inevitable, que proviene del caso fortuito y de la fuerza mayor, excluyentes de la culpa, salvo precepto excepcional.

En una nueva depuración —continúa Cabanellas—, culpa es el proceder con omisión de la diligencia exigible, o negligencia.

La culpa —según Enneccerus[2877]— es la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho que no ha sido querido.

Para Albaladejo[2878], hay culpa cuando, sin intención deliberada de transgredir la obligación, el deudor infringe ésta por falta de diligencia. Puede consistir tanto en hacer, como en omitir lo que, si se hubiese sido diligente, se debió hacer.

Similar parecer expone Jorge Eugenio Castañeda[2879] cuando apunta que la culpa consiste en la falta de diligencia que denota una persona en el cumplimiento de la obligación o en la ejecución de un hecho. De esta definición resulta que la culpa puede ser contractual o extracontractual. Esta última recibe también el nombre de culpa aquiliana.

2876 Cabanellas, Guillermo. *Op. cit.*, tomo II, p. 440.
2877 Citado por Bonet Ramón, Francisco. *Op. cit.*, tomo I, p. 742.
2878 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, p. 172.
2879 Castañeda, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, tomo II, pp. 66 y 71.

La culpa resulta de la imprudencia, de la torpeza, de la negligencia del deudor. Por las mismas, no cumple con sus obligaciones.

La culpa contractual es más complicada que la culpa aquiliana. Esta última cuenta con reglas que acusan más fijeza.

En la culpa —agrega el citado profesor peruano—, no existe intención; el incumplimiento de la obligación no obedece a un móvil consciente y deliberado del deudor. La culpa no sólo importa omisión, como establece el precepto legal; ella también puede producirse por acción.

Dentro de la teoría de la causalidad deberá considerarse como causa la no realización de un acto cuya ejecución habría impedido, con seguridad, un daño; pero es evidente que deberá existir un deber jurídico de obrar. Así, por ejemplo, si el arrendatario omitiere dar aviso al locador de cualesquiera usurpación o imposición de servidumbre que se hiciere sobre el fundo locado, violaría un deber de hacer (artículo 1517, inciso 3, del Código Civil peruano de 1936).

Tratándose del deudor culposo debe expresarse que éste no quiere conscientemente dejar de cumplir la prestación, sino lo único que ha hecho es no haber previsto que con lo que se hacía se produciría el incumplimiento.

La culpa puede presentarse, actualmente, en todas las obligaciones, sin tener en cuenta matices especiales. Se responde por la culpa levísima como por la lata.

Los jueces pueden moderar, pero nunca excluir, la responsabilidad por culpa atendiendo a las circunstancias. Evidentemente, habrán de ponderar la intensidad de la culpa, pero esta ponderación es judicial y se hará *a posteriori*, sin que la ley nada diga.

Según se sostiene en doctrina, la culpa es un tipo de imputabilidad que se caracteriza por dos elementos, ambos de contenido negativo. En primer lugar, aparece en la actividad del agente una omisión de diligencias apropiadas. Es éste el que da lugar a la responsabilidad del deudor. En segundo lugar, se tipifica esta conducta por la ausencia de mala fe o mala voluntad. El deudor no se ha propuesto incumplir la obligación y si ha llegado a ello no ha mediado malicia de su parte. Es justo, pues, que esto se compute a su favor para merecerle un tratamiento más benigno o menos desfavorable que si hubiese obrado a designio el incumplimiento de la obligación. Este segundo elemento permite ubicar esa responsabilidad en un grado relativamente benigno.

Para Demogue, la culpa requiere de dos requisitos: uno objetivo (un atentado contra el derecho) y el otro subjetivo (el hecho de haber advertido o haber podido advertir que se atentaba contra el derecho ajeno).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Según algunos autores, la idea de culpa está íntimamente ligada a la noción de cuasidelito[2880].

La culpa es considerada como un estado intermedio entre el dolo y el caso fortuito o de fuerza mayor. Despojada de toda intención tendiente a ocasionar un perjuicio, aunque no extraña a la actividad del agente, se la puede definir también como la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse[2881].

Se afirma que la culpa es susceptible de surgir en dos circunstancias disparas: independientemente de toda convención o mediando una relación obligacional previa. En el primer caso se está en presencia de la llamada culpa aquiliana o extracontractual; en el segundo, de la contractual[2882].

Esta «concepción dualista» de la culpa es la visión clásica y, según Llambías[2883], ella supone que la culpa contractual implica una obligación preexistente que dicha culpa infringiría, en tanto que la culpa delictual supondría la ausencia de una obligación preexistente entre las partes y tendría como resultado crearla.

Para la «concepción unitaria», por el contrario, la culpa es una idea unívoca que se aplica con el mismo sentido en el ámbito de los contratos o de los hechos ilícitos: siempre supone la violación de una obligación preexistente, que será la concreta y precisa definida por el contrato o la genérica de obrar con diligencia y prudencia que contempla y sanciona la ley.

Así, Planiol y Ripert[2884], quienes especialmente sostienen esta postura unitaria, indican que la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente, cuya reparación es ordenada por la ley cuando causa un perjuicio a otra persona. Por lo tanto, la idea de culpa considerada en sí misma es sencillísima, y está en

2880 La distinción entre delito y cuasidelito radica en la intencionalidad, a saber: delito es el hecho ilícito, cometido con intención de dañar, que infiere injuria o daño a otra persona; y cuasidelito es el hecho ilícito culpable, pero cometido sin intención de dañar, que ocasiona injuria o daño a otra persona.
Se destaca que ambos tienen un punto de contacto: la voluntad del autor y lo perjudicial de sus consecuencias; a la par que una diferencia esencial, pues mientras los delitos son reprobados expresamente por la ley y queridos por su autor, los cuasidelitos, por lo común, surgen de una acción lícita en principio, pero ilícita en sus secuelas, por cuanto, aunque éstas no son queridas, tampoco son evitadas por el agente, no obstante estar en sus manos el poder hacerlo, obrando con mayor diligencia.

2881 Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1956, tomo v, p. 166.

2882 *Ibidem*, p. 167.

2883 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo i, p. 190.

2884 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Op. cit.*, tomo iv, p. 526.

relación directa con la idea de obligación; nadie puede incurrir en culpa, sin haber estado obligado antes del acto que se le imputa[2885].

Dentro de esta línea de pensamiento se ubica Josserand[2886], cuando define la culpa como la lesión a un derecho, sin poder invocar un derecho más fuerte.

Igualmente, debe agregarse la teoría expuesta por Savatier[2887], quien define la culpa como la violación de un deber, sea un deber legal preciso, sea un deber moral caracterizado, sea el deber general de no dañar a un tercero.

Pero si la idea de incumplimiento a un deber legal preciso es clara —agrega Savatier—, no acontece lo mismo respecto a las otras dos: ¿cuándo hay un deber moral caracterizado?, ¿cuáles son los límites del deber general de no dañar a tercero? Si se entendiera este deber en un sentido absoluto, llegaríamos a la teoría del riesgo, porque habría culpa siempre que se causara un perjuicio a un tercero.

Para atenuar su teoría, Savatier introduce en la culpa otro elemento, la imputabilidad, que define como la posibilidad de prever el acto ilícito y de evitarlo, refiriéndose a las facultades de un hombre normal. Con esto, en una forma discutible y muy particular, se inclina hacia la teoría que parece preferible.

La opinión de Llambías[2888] sobre el particular tiende a una vía media: la culpa es una noción unívoca que el Derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en

2885 Asimismo, señalan Planiol y Ripert que para saber qué es la culpa puede emplearse el método experimental. Agregan que los cien años transcurridos desde la promulgación del Código francés hasta el tiempo en que ellos escribieron su famoso tratado, proporcionan una abundante jurisprudencia, en la cual se presenta la culpa en muy diversas formas. El estudio comparativo de las sentencias despierta siempre ideas que la reflexión abstracta nunca hubiera sugerido. En esta forma, al analizar las numerosas sentencias, clasificadas metódicamente en los grandes *Repertoires*, se advierte que si la culpa es necesariamente la violación de una regla, ésta a veces es de orden jurídico y a veces de orden práctico. En ese sentido, los citados autores se cuestionan: ¿comprobaremos en esta forma un nuevo dualismo en las culpas, siendo unos actos ilícitos, es decir, culpas contra la legalidad, y los otros actos de inexperiencia, es decir, culpas contra la habilidad? Ellos no lo creen así. Las reglas de práctica, cuya inobservancia constituye una torpeza, en sí mismas únicamente son métodos y no leyes; al desconocerlas se corre únicamente el peligro de fracasar; el resultado será un fracaso o una desgracia provocada. En consecuencia, se preguntan ¿de dónde puede nacer la responsabilidad a favor de terceros, cuando la culpa ha causado algún daño, si no es de una obligación propiamente dicha, que —por decirlo así— consagre y sancione esas reglas? La responsabilidad por culpa supone no sólo la existencia de reglas prácticas, simples métodos de acción, cuya violación produce fracasos y desgracias, sino también la existencia de una regla legal, de una verdadera obligación que ordene su observancia y que mande obrar a los hombres con destreza en su mutuo interés. Sólo con esta condición el acto de impericia puede originar una acción judicial tendiente a la reparación del perjuicio causado. Y no es ésta una vana suposición: la ley nos prohíbe, realmente, ser torpes, como nos prohíbe ser deshonestos; ninguna legislación ha podido repudiar la herencia de la ley Aquilia que, históricamente, es la fuente de esta obligación general (*Ibidem*, pp. 527 y 528).

2886 Citado por Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen I, p. 301.

2887 *Ibidem*, pp. 301 y 302.

2888 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 191 y 192.

la inejecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa.

Llambías dice que la noción de culpa es una sola porque siempre, en sí misma, consiste en un error de conducta, en un comportamiento reprochable, pero exento de malicia. Si se suscita el reproche es porque se debieron adoptar las previsiones, los cuidados, las precauciones, para evitar el daño ajeno, sea el daño al acreedor proveniente del incumplimiento de la deuda, sea el daño provocado a un extraño. Pero falta la mala intención en el agente, pues el deudor habría querido satisfacer la prestación debida y el autor del hecho ilícito habría querido evitar el perjuicio del damnificado. He aquí las dos características esenciales de la culpa, según Jorge Joaquín Llambías.

Con todo —agrega Llambías—, la ley somete esa misma conducta deficiente a un tratamiento distinto, según que sea obrada en conexión con la ejecución de una determinada obligación *stricto sensu* o que sea realizada en trasgresión del deber genérico que pesa sobre todo hombre de no dañar a otro (*alterum non laedere*). En el primer supuesto, se está en presencia del régimen de la responsabilidad contractual. La segunda hipótesis cae en el régimen de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Son dos especies de responsabilidad que se originan en una conducta sustancialmente idéntica (culpa). La razón de esta diversidad de tratamiento jurídico aparece cuando se examinan los puntos de divergencia entre ambos regímenes.

Ahora bien, ahondando aún más en el concepto de culpa, podríamos agregar que —*lato sensu*— la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño y que resulta imputable al autor como consecuencia de su libre determinación. *Stricto sensu*, en cambio, además de dichos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier querer doloso. El concepto gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad.

Más aún, la culpa comprende —sea considerada en su alcance amplio o en el restringido— la voluntariedad de la acción, sin la cual no puede exteriorizarse.

Sobre el particular, Alterini y López Cabana[2889] comentan que el responsable lo será en cuanto pueda suscitarse a su respecto una idea de reproche, de censura, que se formula sobre su comportamiento, y que justifique que se le imponga una sanción.

Anotan los citados profesores que la imputación moral en razón de la culpabilidad exige una penetración anímica del sujeto, y conduce al examen de lo

2889 Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Temas de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Dike, 1995, pp. 156 y 157.

interno del obrar. De ahí que se destaca que la culpa presupone que el agente con sus capacidades individuales hubiera podido actuar de otro modo.

En suma, podríamos señalar que culpa es la infracción de la ley que uno comete sin dolo ni malicia, por alguna causa que puede y debe evitar. Es toda conducta contraria a la que debiera haberse observado. Dicha acción u omisión perjudicial para otro, en que uno incurre, puede devenir tanto por imprudencia, negligencia o impericia; figuras que para la doctrina enmarcan las formas de culpa.

Sobre el particular, Von Tuhr[2890] sostiene que la culpa consiste en no poner la diligencia necesaria en las relaciones sociales. Puede consistir —agrega— en actos imprudentes o en la omisión de providencias que el agente se hallaba obligado a tomar (*negligentia*). Hay en esta hipótesis, una proyección de la voluntad que, partiendo del acto, se dirige oblicuamente sobre el resultado. Es decir, que se obtiene un resultado no querido al lado de otro resultado que sí era deseado y perseguido. O, en otra posibilidad de la hipótesis, se obtiene un resultado no querido por ausencia de querer especial para impedirlo. En ambos extremos de la hipótesis la voluntad actúa en forma oblicua.

Enneccerus[2891], por su parte, distingue dos casos de conducta negligente.

El primero es aquél en que conociendo la posibilidad de que una manera de actuar tendrá un resultado contrario a derecho, el agente acalla esta preocupación y omite la previsión exigible en el tráfico, confiando irresponsablemente en que tal resultado no se produzca en su caso. Para Enneccerus esa es «negligencia consciente» y la refiere a la significativa expresión romana *luxuria*. Es decir, el acto de cuyas consecuencias se hace caso omiso porque sólo interesa su provechosa o placentera realización.

Hay en este supuesto conciencia del peligro en el agente; pero, al mismo tiempo, hay cierta caprichosa y frívola confianza en que, como secuela indeseada del acto deseado, no sobrevenga ese resultado. Existe caprichosa despreocupación, pero no malicia. Por ser ostensiblemente relacionado al acto, aquel posible resultado es previsible, pero no es especialmente buscado. Se persigue, sin embargo, aquél que casi de modo inevitable acarreará ese resultado previsible y no querido. La conducta puede ser calificada en esta hipótesis como caprichosa y frívola irresponsabilidad.

Hay otro caso de conducta negligente señalado por Enneccerus, y es aquél en que, ignorándose la posibilidad del resultado contrario a derecho, podría, no obstante, haberse evitado observando simplemente la diligencia exigible en el tráfico humano. Esto es lo que con más propiedad se llama negligencia.

2890 Citado por Alvarado Sánchez, Javier. «La responsabilidad civil por actos ilícitos y el sistema del nuevo Código Civil». En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año VIII, Lima, 1944, p. 357.

2891 Citado en *ibidem*, pp. 358 y 359.

3.2. Clases de culpa

3.2.1. Culpa contractual y culpa extracontractual

Existe discrepancia entre considerar la unidad o la dualidad del concepto de culpa, según adelantáramos cierto parecer en líneas precedentes.

Conforme a un primer postulado, debe considerarse dos clases de culpa: la contractual y la extracontractual.

Según recuerdan Cazeaux y Trigo Represas, propugnan la posición dualista de la culpa autores como Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie y Barde, Huc, Saintelectte, Colin y Capitant, Josserand y De Gásperi, entre otros.

Sin embargo, refieren que, a fines del siglo XIX, en Francia, A. F. Lefevre insinuó una teoría que postulaba el concepto de la unidad de la culpa, de la que se hizo calificado intérprete Marcel Planiol, para quien la teoría de la pluralidad de la culpa carece de base y parte de una apreciación ilusoria. El concepto de culpa es uno y teóricamente significa el incumplimiento de una obligación preexistente, con la consiguiente responsabilidad.

En realidad, tal y como anotan los citados profesores[2892], ambas posiciones se configuran en la culpa contractual como en la extracontractual; tanto en una como en otra hay incumplimiento de una obligación preexistente, nada más que en un caso se trata de una obligación contractual y en el otro de un deber legal; pero en los dos casos existe el deber de resarcir. Se dice, lo cual es cierto, que las diferencias que puedan darse en el régimen jurídico de una y otra no bastan para cambiar su naturaleza. Se trata simplemente de variantes en las apreciaciones prácticas, perfectamente posibles en un instituto sin que por ello se fraccione su esencia misma.

Cazeaux y Trigo Represas indican que siguen esta tendencia Lafaille, Colmo, Salas, Orgaz, Morello, Mosset Iturraspe, Carreras, Busso, Gutiérrez, González, Peirano Facio y Pérez Vives, entre otros.

Bonnecase[2893] —en criterio al que nos adherimos— ha creído posible conciliar ambas posiciones doctrinarias, argumentando que la teoría de la unidad de la culpa es exacta si se la juzga teóricamente, en abstracto en su aspecto formal, o sea, como la violación de una obligación y su consecuente responsabilidad. En cambio, la teoría de la pluralidad es acertada si se la juzga en sus aplicaciones concretas, pues es indudable que a la culpa contractual y a la extracontractual se les da diferente tratamiento legislativo. Esta opinión —señalan— es compartida por Salvat, Llambías y Acuña Anzorena. Afirma este último que esta posición intermedia es la de la mayoría de los autores modernos: «No habría científicamente dos culpas sino dos regímenes de responsabilidad».

2892 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 156-158.
2893 *Ibidem*, p. 158.

3.2.2. Culpa civil y culpa penal

Según una corriente doctrinaria, se trata de dos conceptos distintos. Las principales diferencias serían las siguientes: a) para determinar la culpa civil, el problema debe ser juzgado a la luz de la previsibilidad de la consecuencia dañosa; en cambio, en la culpa penal el agente es culpable criminalmente; b) en el Derecho Penal sólo se sanciona la culpa en casos excepcionales; en Derecho Civil toda culpa es ilícita y, más aún, existe culpa presumida por la ley, concepto que el Derecho Penal ignora. Todavía debe agregarse que en materia civil hay supuestos de responsabilidad sin culpa, lo que tampoco se condice con el Derecho Penal.

Marty[2894] señala que el Derecho Penal reprime algunas culpas especialmente definidas, que provocan ciertos daños determinados. El Derecho Civil obliga a reparar todos los daños causados por cualquier culpa.

De esta manera —opina Marty—, es evidente que toda infracción penal intencional, que haya causado un daño a un particular, es, al mismo tiempo, una culpa civil delictuosa.

Asimismo, toda infracción penal no intencional, todo delito de imprudencia, que haya tenido consecuencias perjudiciales para uno, es una culpa cuasidelictuosa civil.

Pero —destaca el citado autor—, la culpa delictuosa o cuasidelictuosa del Derecho Civil comprende, además, muchas otras categorías de actos perjudiciales. Por tanto, hay numerosas culpas civiles que no son culpas penales.

Según otra corriente, se trata de un concepto unitario, presentándolo como un concepto jurídico común, en una y otra jurisdicción. La pretensión de distinguir entre culpa civil y culpa penal, está llena de dificultades y de zonas borrosas.

Lo que resulta claro para la doctrina, es que, tanto para el Derecho Civil como para el Penal, la culpa consiste en la omisión de las diligencias que correspondieren según las circunstancias de tiempo, lugar y medio. La legislación civil y la penal crean situaciones contra la imprudencia, la desatención, la torpeza, la negligencia. El hecho generador de la responsabilidad es el mismo. No hay pues diferencia de naturaleza entre la culpa civil y la penal.

3.3. Grados de culpa

Hemos anotado que los comentaristas del antiguo Derecho romano, habían elaborado, mediante una sutil e inexacta interpretación, una división tripartita de la culpa, división que —como vimos— fue acogida por varias legislaciones latinoamericanas; tal fue el caso de nuestro Código Civil de 1852.

La culpa levísima consiste, según las legislaciones que la acogieron y la mantienen, en no tener, en el cumplimiento de las obligaciones, el cuidado que

2894 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen I, pp. 321 y 322.

las personas sumamente atentas y precavidas tienen en sus negocios. Se opone, pues, a la simple diligencia o cuidado. Es la falta de aquella esmerada diligencia.

Según el artículo 1267 del Código Civil peruano de 1852, la culpa levísima es la omisión de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más diligentes y exactos; consiste, en suma, en la omisión de aquellos cuidados que sólo los hombres más cuidadosos podrían observar.

Para nuestra ley civil de 1852, la culpa levísima se prestaba por quien obtenía utilidad en los contratos unilaterales, como podría ser, por ejemplo, el contrato de comodato que presta beneficio y utilidad únicamente al comodatario, que obtiene gratuitamente el uso de un bien no fungible, perteneciente al comodante[2895].

A decir de Alessandri, Somarriva y Vodanovic[2896], la culpa levísima es la que implica mayor responsabilidad, porque quien se hace responsable de esta culpa debe guardar el máximo de esmero y tomar todas las precauciones para evitar perjuicio o menoscabo a su acreedor; el que responde de la culpa levísima debe hacerlo todo. El que responde de la culpa grave responde de lo mínimo. Y el que toma la responsabilidad de la culpa media, responde de lo ordinario y mediano. Si un individuo es deudor de un caballo, la prudencia ordinaria lo obliga a no exponerlo a riesgo, a no colocarlo, por ejemplo, en un establo que amenaza derrumbarse. Este cuidado basta si el deudor es responsable de la culpa grave. Pero si es responsable de la levísima, no sólo tiene que limitarse a esto, sino que debe, además, dar buenos alimentos al caballo, buen abrigo, colocarle buenas herraduras, etcétera, para que el animal no sufra daño alguno.

La culpa leve, por su parte, constituye una especie intermedia entre la culpa lata o grave y la culpa levísima o venial. Se presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra o que, en general, pondría un buen padre de familia.

El Código Civil peruano de 1984 reconoce la culpa leve en su artículo 1320[2897], el mismo que tiene como antecedente al artículo 1322 del Código Civil de 1936,

2895 Las normas del Código Civil de 1852 referentes a la culpa levísima disponen lo siguiente:
Artículo 1266.- La culpa consiste en una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia ó negligencia; pero sin propósito de dañar.
Artículo 1267.- La culpa es lata, leve ó levísima: lata es la que consiste en la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos ó avisados; leve, la omision de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y levísima, la omision de aquellos cuidados que sólo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes.
Artículo 1271.- La culpa levísima se presta por el que reporta la utilidad en los contratos unilaterales. El que sufre el gravamen ó tiene la obligación, responde solamente por la culpa lata.

2896 Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, volumen I, p. 503.

2897 De conformidad con el artículo 1320 del Código Civil peruano de 1984, actúa con *culpa leve* quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda

inspirado en varios otros Códigos como el peruano de 1852 (artículos 1266 y 1267), el Código Civil francés (artículo 2137), el Código Civil argentino (artículo 512), el Código Civil español (artículo 1104), el Código Civil chileno (artículo 44) y el Código Civil colombiano (artículo 63).

La culpa leve tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, no hay en ella intención de no cumplir, no hay mala fe del deudor. Hay tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (*culpa in faciendo*) u omisión (*culpa in non faciendo*) no querida pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.

Finalmente, está la culpa lata, grave o inexcusable. Esta importa la «demasiada negligencia», o sea, como decía *El Digesto*, consistía en no entender lo que todos entienden. Es la culpa que consiste en la omisión de aquellas precauciones que están al alcance de las personas u hombres menos cautos. El Código Civil peruano se refiere a ella en su artículo 1319.

Los artículos 1319 y 1320, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve, son preceptos cuya finalidad es la de brindar una parte o marco general, pero atañe a los Tribunales de Justicia el establecer si hubo o no incumplimiento y el grado de culpa que corresponde al caso concreto.

En definitiva, lo que debe ser apreciado y juzgado es la conducta del deudor ante determinado suceso y no el «proceder genérico de un miembro de la especie humana», realmente antojadizo y abstracto. El concepto de culpa no debe entenderse como un principio rígido, ya que el juez debe apreciar y decidir, según cada caso en concreto.

Dentro de tal orden de ideas, la culpa también es un tipo de imputabilidad que implica un incumplimiento reprochable, aunque en menor grado que el dolo, por haberse omitido las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación, y que responden a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; de ahí que los tipos de culpa impliquen una interrelación entre negligencia, impericia, imprudencia, ignorancia y descuido.

a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.
En materia de alcances de la reparación, el artículo 1321 prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o *culpa leve*; pero si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedeciera a *culpa leve*, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.
En virtud del artículo 1329, se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a *culpa leve* del deudor.

Daños y perjuicios

Artículo 1321.- 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, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

1. Fuentes nacionales del artículo 1321

Dentro de la legislación colonial, y en lo relativo a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 13, Título XI, Partida Quinta: «*E no tan solamente es tenudo de cumplir lo que prometió de dar o de fazer; mas aún dezimos, que deue pechar demas desto, todos los daños, e los menoscabos que rescebio el otro, por razón que le son cumplió lo que le prometió*».

En lo relativo al dolo, es antecedente la Ley 27, Título VIII, Partida Quinta: «*Si se perdiesse la cosa por engaño que ellos fiziessen, entonces ellos serían tenudos de los pechar todo quanto perdiesen o menosacabassen*».

En lo referente a la culpa, tenemos a la Ley 8, Título VIII, Partida Quinta: «*Es tenudo de pechar el daño, si por su culpa acaesciese aquella ocassion, por que se pierde o se muere la cosa*».

En lo relativo a la morosidad, debe mencionarse a la Ley 35, Título XI, Partida Quinta: «*El que promete de dar o de fazer alguna cosa a día cierto, e non la dio, nin la fizo, de allí adelante, aquel puede demandar lo que fue prometido, con todos los daños e los menoscabos que rescibió por razón que non cumplió aquello que prometió*».

Y, finalmente, en lo relativo a otras contravenciones, tenemos, siempre dentro de la Ley de las Siete Partidas, a la Ley 15, Título VIII, Partida Quinta:

> Pastores o otros omes que guardan los ganados, si reciben soldada, de los señores dellos, por guardallos, dezimos que deuen ser acuciosos, e se deuen trabajar, quanto pudieren en guardarlos, bien: e lealmente, de guisa: que non se pierdan: nin reciban daño de ninguna cosa, por mengua de lo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> que deuen ellos fazer, e deuenles catar logares conuenientes: e buenos: do sopieren que son las mas buenas pasturas: e buenas aguas por do los trayan segund conuiene a las sazones del año: tales en que puedan estorcer sin peligro del frío, e de las nieues del inuierno; e de las calenturas del verano. E los que contra esto fizieren: non poniendo y tal guarda como sobredicho es, en quanto pudieren tenudos son de pechar cada uno dellos al dueño del ganado: todo el daño: e el menoscabo que viniere por su culpa

y a la Ley 10, Título VIII, Partida Quinta:

> *Quierense los omes a las vegadas mostrar sabidores de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños a los que los no conoscen, e los creen; e porende dezimos, que si algún orebze rescibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla en sortija, o en otra cosa por precio cierto, e la quebrantasse engastonondola, por non ser sabidor de lo fazer, o por otra su culpa; que deue pechar la estimación della, a bien vista de omes buenos, e conoscedores destas cosas. Pero si el pudiere mostrar ciertamente, que non auino po su culpa, e que era sabidor de aquel menester, según lo eran los demás omes que usan del comunalmente, e que el daño de la piedra acescio por alguna tacha que auia en ella, assi como alguno pelo, o alguna señal de quebradura, que era en la piedra, estonce non seria tenudo de la pechar. Fueras ende, si quando la rescibió para engastonar, fizo tal pleyto con el seño della, que como quier que acesciesse, si la piedra se quebrantasse, que el fuesse tenudo de la pechar. E esto que diximos de los orebzes, se entiende también de los otros maestros, el de los Físicos, de los Cirujanos, e de los Albeytares, e de todos los otros que resciben precio, para fazer alguna obra, o mele cinar alguna cosa, si errare en ella por su culpa, o por mengua de saber.*

El artículo 1321 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 abordaba el tema en varias de sus normas, los artículos 742: «Es responsable el deudor a los intereses y daños, cuando ha sido moroso en cumplir con su obligación, a no ser que la cosa que se hubiese obligado a dar o hacer, no pueda darse o hacerse, sino en un cierto tiempo, que ha dejado pasar»; 743: «El obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, será condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputársele»; 745: «Los daños e intereses debidos al acreedor nacen en general de la pérdida que ha sufrido y de la ganancia de que ha sido privado, salvo las excepciones y modificaciones siguientes»; 746: «El deudor no está obligado a más que a los daños e intereses que han sido previstos, o han podido preverse desde el contrato, en caso de que la obligación no haya dejado de cumplirse por dolo suyo»; y 747: «Aun en el caso en que por dolo del deudor no haya tenido

cumplimiento la convención, los daños e intereses no deben comprender con respecto a la pérdida experimentada por el acreedor, o a la ganancia de que ha sido privado, más que lo que sea una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la convención».

Por su parte, el Código Civil de 1852 trataba el tema en su artículo 1269: «Los contratantes están obligados a evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y a responder por sus consecuencias»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en los artículos 1440: «Los que contraen obligaciones convencionales deben no sólo cumplirlas, sino también resarcir los daños y perjuicios que resulten directamente de la inejecución de ellas, o de su contravención por dolo o culpa»; 3046: «Si la cosa debida se pierde o se destruye por culpa del deudor, éste queda obligado a pagar al acreedor el precio de ella; y a indemnizarle además los perjuicios causados»; y 3047: «Aunque el deudor no tenga culpa en la pérdida o la destrucción de la cosa debida, si estos accidentes se realizan después de haber aquél incurrido en mora, es responsable el acreedor según las reglas siguientes: 1° si el deudor prueba que la pérdida o destrucción habría acaecido, aun cuando la cosa hubiese estado en poder del acreedor, no responde del precio de ella, pero sí debe indemnizar los perjuicios causados con la demora; 2° si el deudor no produce la prueba indicada en la regla anterior o si, por el contrario, demuestra el acreedor que la cosa no se habría perdido, ni destruido en su poder, aquél está obligado a pagar el precio de la cosa y los perjuicios».

De otro lado, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en sus artículos 312: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, culpa o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de ellas»; y 316: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en los artículos 298: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, culpa o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de ellas»; y 302: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordada el tema en sus artículos 1309: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre

en dolo, culpa o morosidad y el que de cualquier modo contraviniere a ellas»; y 1312: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato»; en tanto que el Código Civil de 1936, lo hacía en sus artículos 1320: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniere a ellas»; y 1323: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato».

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 sus artículos 187: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniere a ellas»; 189: «El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de ello»; y 190: «Si el incumplimiento o el retardo no depende del dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse en el momento en que surgió la obligación»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en sus artículos 176: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve»; y 177: «El resarcimiento por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto la pérdida sufrida como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.— Si la inejecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».

El Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba la materia en sus artículos 1339: «Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve»; y 1340: «El resarcimiento por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto la pérdida sufrida como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.— Si la inejecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1288: «Queda sujeto a la indemnización de daños

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.— Si la inejecución, o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída».

2. Análisis

Para que un daño sea indemnizable por la vía de la responsabilidad civil contractual, debe existir una relación de causa a efecto, de modo que el incumplimiento de la obligación que es objeto del contrato se presente como antecedente necesario de la configuración del resultado dañoso.

En el ordenamiento jurídico peruano, el concepto de causa y el de causalidad se utilizan para tratar de dar respuesta a dos tipos de problemas: quién debe responder y en qué medida o hasta dónde debe hacerlo.

Así, la relación de causalidad cumple una doble función: en primer lugar, sirve para determinar la «autoría», al relacionar un daño con el actuar humano. El análisis de la relación causal permite determinar cuándo un resultado dañoso es material u objetivamente atribuible a la acción de un sujeto o de una cosa o a determinada esfera de actuación. En segundo lugar, determinada esa autoría, identifica las consecuencias del perjuicio o, lo que es lo mismo, establece cuáles son los efectos negativos por los cuales se debe responder, cuáles son los daños por indemnizar.

Enfocándonos en la primera función de la causalidad, conviene precisar que la lectura que hoy prima en el Perú advierte que la teoría de la causa próxima regulada en el artículo 1321 del Código Civil, está referida a la relación causal, entendida como consecuencias indemnizables, y no a la relación causal, entendida como autoría y causa del daño. Esta última, por ende, seguiría la teoría de la causa adecuada, pues sólo así nuestro sistema jurídico tendría coherencia en este aspecto.

De este modo, si bien la teoría de la causa adecuada ha sido recogida en el artículo 1985 del Código Civil peruano, esto es, en una norma que regula la responsabilidad civil extracontractual, hoy la doctrina especializada admite que ella también resulta aplicable en materia de inejecución de obligaciones a efectos de identificar al autor del daño.

En esencia, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1985 del Código Civil, debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

Es así que, para establecer cuál es la causa de un daño, resulta necesario formular un juicio de probabilidad, es decir, considerar si tal acción u omisión

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del presunto responsable era idónea para producir —regular o normalmente— un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto.

Centrándonos ahora en la segunda función de la causalidad, esto es, en la referida justamente a las consecuencias indemnizables, debemos señalar que, en el Código Civil del Perú, el incumplimiento de una obligación por dolo y el incumplimiento de una obligación por negligencia grave o culpa inexcusable, tienen exactamente las mismas consecuencias. El deudor deberá indemnizar todos los daños y perjuicios causados, que sean consecuencia "inmediata y directa" de ese incumplimiento.

Ello es así porque en materia contractual, el ordenamiento jurídico peruano admite la teoría de la causa próxima, esto es, aquélla que limita la relación de causa-efecto a la constatación de que el hecho haya precedido inmediatamente a la realización del daño (daños inmediatos) y que, además, esos daños constituyan consecuencias normales y ordinarias del hecho lesivo.

Así, pues, cabe recordar que el Código Civil no se limita a señalar qué se entiende por dolo, por culpa inexcusable y por culpa leve, sino que, además, establece que las consecuencias jurídicas que se deriven del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso serán distintas en cada caso.

Tales consecuencias se encuentran previstas por el artículo 1321.

En primer lugar, cabe señalar que la norma bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual. En este sentido, siendo en dicho sistema —como lo prevé el mencionado precepto— el factor atributivo de responsabilidad de carácter subjetivo (medie culpa o dolo en el actuar del sujeto), cuando el responsable incumpla sus obligaciones por «culpa leve» resarcirá las consecuencias directas, inmediatas y previsibles, entendidas en los términos antes estudiados. En cambio, si el sujeto activo actuara con «dolo» o «culpa inexcusable», responderá por las consecuencias directas, inmediatas e imprevisibles. Sin embargo, en ambos supuestos la norma prescribe con claridad que se tendrá la obligación de indemnizar sólo los daños directos, es decir, los que se ocasionan en una unidad de tiempo y que son originados por la misma inejecución en sí. Los daños ulteriores sólo se resarcirán si media pacto entre las partes (argumentos de los artículos 1324 y 1341 del Código Civil de 1984).

Conviene, a fin de esclarecer el cuadro, señalar qué comprenden esos daños y perjuicios.

En lo que respecta a la fórmula «daños y perjuicios», es equivalente a otras expresiones que se suelen emplear: «daños e intereses», «perjuicios e intereses», «pérdidas e intereses», etcétera. Si bien es una pauta que involucra dos

palabras distintas verbalmente, en realidad son idénticas en cuanto a su fondo conceptual.

Empero, en todos los casos la indemnización de daños y perjuicios se refiere al derecho que tiene una persona para reclamar el resarcimiento de tales «daños y perjuicios».

El daño que interesa, a efectos de la responsabilidad civil, es el daño reparable por presentarse como daño jurídicamente relevante. Siguiendo la doctrina general sobre esta materia, enunciaremos a continuación las diversas categorías en que suele dividirse el daño:

(a) Por el objeto afectado por el daño, éste puede ser material (patrimonial) o moral.

(b) Teniendo en cuenta la fuente del daño, éste puede ser contractual o extracontractual.

(c) Por razón de la causa, los daños pueden ser moratorios o compensatorios.

(d) Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado, si se trata de una relación inmediata o directa, será daño directo o inmediato, y si se trata de una relación mediata o indirecta, el daño será mediato o indirecto.

(e) Considerando su grado, el daño puede clasificarse en actual y futuro.

(f) La doctrina también se refiere a los daños previstos y no previstos, y atendiendo a lo que se denomina «responsabilidad *in contrahendo*» emergente antes de la celebración de un contrato, hace una diferenciación entre el daño al interés positivo del contrato y el daño al interés negativo.

De los distintos criterios clasificatorios que acabamos de esbozar nos interesa aquél que identifica el daño patrimonial o material y el daño extrapatrimonial. La distinción entre uno y otro se encuentra dada en función de las repercusiones de la conducta del agente sobre el patrimonio (material o no) de la víctima.

A grandes rasgos, el daño patrimonial consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada.

Ahora bien, el daño material o patrimonial puede manifestarse en dos formas típicas, a saber: 1) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, esto es, como un empobrecimiento del patrimonio, lo que se conoce como daño emergente o positivo; o bien como 2) la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto, lo que se denomina lucro cesante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La distinción clásica entre daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperable en el segundo.

Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial.

Ambos elementos —el daño emergente y el lucro cesante— son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada.

Hablar pues de daño emergente y lucro cesante es algo así como referirse a «daños y perjuicios», conceptos que, si bien no se engloban, van a la par o se mantienen en paralelo.

A pesar de que desde el punto de vista idiomático o semántico puedan denotarse distingos entre ambas expresiones, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas (sobre todo en el Derecho peruano), mantienen idéntico fondo conceptual.

La expresión «daños y perjuicios» contiene a los «daños» (la pérdida, detrimento, destrucción o disminución de los bienes jurídicos, tomados no sólo desde el punto de vista netamente patrimonial, sino también extrapatrimonial, daño moral o personal) y a los «perjuicios» que deben resarcirse. Estos últimos (ganancia lícita que deja de obtenerse), se relacionan especialmente con el lucro cesante (ganancia o utilidad impedida).

Como puede observarse, ambos conceptos mantienen estrecha relación en el ámbito indemnizatorio y todos ellos resultan reparables o resarcibles —sin distinción, pero siempre y cuando se irroguen efectivamente— en la magnitud que establece el artículo 1321 del Código Civil peruano de 1984.

Es pertinente recordar la Casación n.° 1379-2009-Lima, de fecha 6 de octubre de 2009, «*Cuarto*. En el campo de la doctrina en materia indemnizatoria se maneja el concepto arraigado que los perjuicios patrimoniales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente está referido a la disminución patrimonial que sufre una persona y puede comprender los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad, en tanto que el lucro cesante, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego».[2898]

2898 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 976. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Cabe advertir que, como podremos apreciar al estudiar el artículo 1322, los daños que el incumplimiento ocasione podrían ser no patrimoniales, en tanto sus efectos podrían recaer en el ser humano considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derechos, desde la concepción hasta la muerte, lo que comúnmente se conoce como daño moral, aplicable inclusive a las personas jurídicas.

Por otro lado, en el campo de la responsabilidad extracontractual, el tratamiento de las consecuencias dañosas es distinto, según lo prevé el artículo 1985 del Código Civil, norma del texto siguiente:

> Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, como se desprende de la norma citada, el sujeto responsable de un hecho dañoso resarcirá las consecuencias inmediatas, mediatas previsibles y —excepcionalmente— las causales, cuando tengan incidencia demostrable y cuantificable. Asimismo, se responderá por los daños ulteriores, es decir, por las consecuencias posteriores que se deriven del daño originalmente ocasionado, las que se irán materializando en el tiempo.

La jurisprudencia nacional ha determinado que existiría una unificación sistemática de las dos responsabilidades (contractual y extracontractual) a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema. Veamos la Casación n.° 846-96-Chimbote, de fecha 10 de septiembre de 1997, «*Primero.* [El] Código Civil vigente adopta un sistema binario de responsabilidad civil: la responsabilidad contractual en el Libro Sexto de las Obligaciones y la responsabilidad extracontractual en el Libro Sétimo, Fuentes de las obligaciones. *Segundo.* Esta es una división clásica y secular que se consagra después de una larga evolución en el derecho francés para posteriormente ser acogida por nuestra legislación. *Tercero.* [Sin] embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema; es decir, que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular. *Cuarto.* En el caso de autos, la responsabilidad deriva de un contrato celebrado entre las partes, por lo que en este contexto las normas aplicables al caso son las de inejecución de obligaciones».[2899]

2899 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 977. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3. Algunas reflexiones sobre los daños y su función punitiva[2900]

Distinguidos profesores con quienes comparto este panel,

Señores miembros de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado,

Señoras y señores,

3.1. Introducción

Para mí es un honor estar una vez más en la ciudad de Medellín por una generosa invitación de los organizadores de este Congreso.

Nuestro Congreso trata acerca de las tendencias actuales del derecho de daños; y este panel, específicamente, acerca de la proliferación en las tipologías de los daños, y la función que los mismos tienen en la responsabilidad contractual como en la extracontractual.

Además, específicamente, se nos hace la pregunta de si se trata de una reparación integral o de un abuso.

Cuando abordo estos temas frente a mis alumnos, no dejo de señalar que estamos ante una de las materias más variadas y de mayor perspectiva dentro del derecho.

No cabe duda de que la responsabilidad, en cualquiera de sus facetas, constituye una de las materias sobre las cuales más se ha escrito y se sigue escribiendo en el Derecho Civil.

Debo confesar también que, por una perspectiva académica y profesional, mi acercamiento al derecho de daños se produce fundamentalmente, desde la responsabilidad contractual o por inejecución de obligaciones.

Esto, debido a dos razones fundamentales.

La primera, es que soy profesor de obligaciones y contratos y no de responsabilidad civil, razón por la cual mi perspectiva académica se basa de manera central en aquellos daños que se producen en sede contractual, y no por actos ilícitos o responsabilidad extracontractual, en donde —reconozco— el panorama doctrinal es mucho más amplio que en esta otra área específica de la responsabilidad.

Y, en segundo lugar, porque en el ejercicio profesional no soy abogado litigante en casos de responsabilidad extracontractual, sino, básicamente en procesos arbitrales, en los que, como abogado defensor o como miembro del tribunal arbitral, conozco casos de responsabilidad por inejecución de obligaciones.

2900 Este acápite, que se incluye en la tercera edición, se basa en una ponencia, del mismo nombre, escrita por Mario Castillo Freyre y pronunciada en la ciudad de Medellín, Colombia el jueves 6 de octubre de 2016, en el marco del XI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (6 y 7 de octubre de 2016). Publicada en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje.* (Segunda parte). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, volumen 50, pp. 17-36.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, trataré de centrar mi exposición en torno al tema que motiva este panel, cual es el de la proliferación de las tipologías del daño, a efectos de saber si nos encontramos sólo frente a la reparación integral o al abuso.

3.2. Las legislaciones civiles y la regulación de los daños

Es evidente que los códigos civiles, al tratar acerca de las diferentes tipologías del daño, lo hacen de manera dispar.

De esta forma, es usual que los códigos más antiguos hagan exclusiva referencia a la división y a la distinción entre daños y perjuicios, y que, con el paso de los años, los cuerpos normativos hayan ido incorporando tipologías adicionales, como son el daño moral, el daño a la persona y otros.

Entonces, la primera pregunta que corresponde formular es la relativa a si resulta necesario que los códigos civiles incorporen en su regulación, las diversas tipologías que hoy la doctrina ha elaborado sobre el daño.

Esta pregunta cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que con el paso del tiempo, tal tipología ha ido creciendo en número, de manera tal que hoy en doctrina, uno puede apreciar un universo bastante grande.

Como hemos señalado, el tema se origina en las categorías tradicionales de daños y perjuicios, como sinónimos de daño emergente y lucro cesante.

No obstante, con el paso de los años, estos conceptos, también admitieron una subdivisión adicional, hablándose, por un lado, del daño patrimonial (denominado por algunos autores como daño objetivo); el mismo que abarcaría el daño emergente y el lucro cesante; y por otro, el daño extrapatrimonial o subjetivo, que incluiría el daño a la persona y el daño moral.

Es evidente que sobre los distintos tipos de daño no existe uniformidad de criterio en torno a su clasificación y contenido.

No obstante, en lo que respecta al daño a la persona (fundamentalmente referido a las personas naturales, pero también para algunos autores, dentro de los que me encuentro, extensivo a las personas jurídicas), éste se subdividiría en daño subjetivo (a los sujetos de derecho); y daño a los objetos de derecho.

El daño subjetivo a los sujetos de derecho se subdivide en daño psicosomático (el mismo que puede ser daño biológico o daño a la salud) y daño a la libertad, referido también al proyecto de vida.

Por su parte, el daño moral puede ser entendido como daño moral subjetivo; es decir, el sufrido de manera directa por el propio sujeto; o el daño moral afectivo, es decir, la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.

La tipología de daños no termina, pues tenemos a los daños subjetivos por la muerte de un pariente, el mismo que puede ser daño a los parientes *iure sucessionis*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(que se considera daño patrimonial) o daño a los parientes *iure proprio* (supuesto en el cual estamos ante el daño moral, daño a la vida de la relación, daño a la salud psíquica o daño por lesión a la relación familiar), aunque el mismo también podría ser de carácter patrimonial.

Por otra parte, tenemos a los daños por muerte y lesiones personales, consistentes en perjuicios sufridos por los acreedores de la víctima.

La doctrina también trata acerca de los daños por muerte del socio o administrador único en la sociedad.

Asimismo, los daños por pérdida de una chance o de una ocasión favorable, el mismo que se suele entender como parte del lucro cesante, o como un daño actual, pero también como daño moral.

Milagros Koteich Khatib[2901] hace referencia al «daño existencial», el cual ha sido denominado una «megacategoría» y explica la discrepancia a nivel doctrinario y jurisprudencial en la realidad italiana, acerca de dicho concepto. La definición de daño existencial es la que hace la Corte de Casación de ese país, en su sentencia de fecha 24 de marzo de 2006, que es la primera sentencia de la corte en introducir esta categoría de daño.[2902]

Giovanni Marini se refiere a la tendencia que existe, inclusive, hacia la superación de la distinción de daño patrimonial y daño no patrimonial. Por esta razón se sostiene que la responsabilidad civil ahora se encuentra orientada a asegurar a los sujetos lesionados los aspectos económicos vinculados con la persona, buscando restaurar la riqueza producida y producible por la víctima del daño.[2903]

2901 Koteich Khatib, Milagros. «La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico *vs.* "daño existencial"». En *La responsabilidad civil.* 2ª edición. Observatorio de Derecho Civil, volumen 13. Lima: Motivensa, 2012, pp. 120-121.

2902 «Se define el daño existencial como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo externo. [...]
Quienes se resisten a la introducción del daño existencial dentro del sistema encuentran que los riesgos son básicamente de dos órdenes. En primer término, se causa la inflación injustificada de los rubros de daño extrapatrimonial, dado que aquello que él vendrá a reparar estaría ya contenido dentro de las otras categorías reconocidas por el sistema, específicamente en la categoría constituida por los intereses de la persona constitucionalmente protegidos; en segundo lugar, se sostiene que se elevarían a la categoría de perjuicio, otorgándoseles la correspondiente tutela resarcitoria, consecuencias que no parecen tener esa connotación jurídica (los llamados "daños bagatelares"), dado que no provienen de la lesión a un derecho constitucional.
Por su parte, los defensores de la nueva categoría acusan en la negación de la misma el peligro de simplificaciones excesivas, como la que, dicen, resultará del uso generalizado de la categoría "daño extrapatrimonial", volverá inútil cualquier otra referencia; y también, el peligro de "banalización", si se sostiene que la categoría del daño existencial sirve exclusivamente para brindar tutela resarcitoria a los caprichos y a la idiosincrasia de la víctima».

2903 «Lo que se encuentra en juego no es tanto una nueva multiplicación de las situaciones de daño resarcible, sino de la misma "identidad funcional" del modelo de tutela resarcitoria. A la visión clásica, ha sido contrapuesto un diverso modelo que busca la recuperación de la prevalencia

En este punto creemos que la pregunta que fluye por naturaleza es si aquellas tipologías no reguladas implican una negativa o peligrosa orfandad para su resarcimiento.

Estimamos que no, en la medida en que la construcción de los diversos tipos de daño se ha ido produciendo en el curso de la historia del derecho, derivada de los avances jurisprudenciales y doctrinarios y en algunos casos, de ulteriores reformas legislativas.

Dentro de ese orden de ideas, en la medida en que las legislaciones civiles contemplan el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la víctima, puede decirse —sin temor a error—, que está contemplado todo resarcimiento.

Ninguna interpretación jurídica puede ser válida si es que estimara que la no mención específica de un tipo de daño implica que tal tipo especial no deba ser resarcido a la víctima.[2904]

Y es muy fácil llegar a esta conclusión, en la medida en que todos los tipos de daños se derivan de la genérica expresión daños y perjuicios, es decir, de la antigua división entre el daño emergente y el lucro cesante.

En otras palabras, todos los tipos de daño pueden ser encuadrados, tanto en una como en la otra, de manera tal que el rico trabajo de la doctrina y jurisprudencia, en el desarrollo de estas tipologías, lo que ha hecho es enriquecer el universo conceptual de los daños y perjuicios.

Con esto no queremos decir que lo que hace doscientos años se entendía por daños y perjuicios, sea exactamente lo mismo que en tiempos modernos se comprende por tal expresión.

---

funcional del daño. Presentándose como exponente de esto la finalidad redistributiva típica de la función resarcitoria. [...]. Si el concepto de daño se relaciona siempre con el reequilibrio de las esferas patrimoniales, también los daños morales no son sino la traducción jurídica de esferas de socialización infringidas en su contenido económico».

2904 Guido Alpa coincide con esta línea de pensamiento, ya que pone atención en que los criterios tradicionales contenidos en las normas del Código Civil son capaces de dar solución a los casos que se presentan sobre responsabilidad civil:
«Es raro encontrar en las motivaciones de las sentencias emitidas por los jueces italianos, argumentos que sustenten la afirmación de la responsabilidad que sean distintos a los meramente formales, es decir, deducidos de la interpretación literal de las normas del Código Civil; a lo sumo, ellas son enriquecidas por integraciones y variaciones deducidas de la doctrina, pero no sobrepasan los caminos antiguos. [...]
En la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema se muestra conciencia de los problemas establecidos en doctrina bajo el perfil del análisis económico del derecho y de la crítica a las categorías dogmáticas tradicionales, pero se considera que el texto de la ley es de por sí suficiente para dar una respuesta a estos problemas.
El intérprete, por tanto, debe saber leer tras la pantalla de las motivaciones para determinar caso por caso y, por consiguiente, de manera pragmática, si en la hipótesis considerada, los jueces han querido escoger al sujeto que mejor que otro habría podido soportar el daño». Alpa, Guido. «¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?». En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015, pp. 779-780.

No cabe duda de que el ámbito conceptual de los daños y perjuicios ha crecido mucho, en la medida en que los desarrollos del derecho han ido haciendo aparecer determinados tipos que antes no eran advertidos en la responsabilidad, muchos de los cuales son fruto de la reiterada construcción de supuestos de hecho que aparecían como injustos y que fueron puestos de relieve, poco a poco, comprendiéndolos dentro de los daños y perjuicios.

Se podría comparar a los daños y perjuicios con una bolsa, dentro de la cual debe quedar claro que el objetivo es indemnizar todo el daño emergente y todo el lucro cesante sufrido por la víctima, con las excepciones que sean aplicables según las legislaciones de cada país, y con la concurrencia de los factores de atribución y demás requisitos que las legislaciones contemplen.

La duda es si la bolsa —denominada daños y perjuicios— es un recipiente o bolsa con una capacidad limitada o con una capacidad ilimitada.

Consideramos que los daños y perjuicios son una categoría con capacidad limitada, a efectos del resarcimiento; es decir, que no por el hecho de que exista una tipología más abundante de los daños, los montos indemnizatorios, necesariamente, tengan que ser mayores.

Nos explicamos con un ejemplo de lucro cesante.

Antes de que se haya creado la categoría del daño al proyecto de vida, como tipo indemnizable, la frustración del proyecto de vida de una persona podría ser indemnizada como un supuesto de lucro cesante y a través de cualquiera de dos vías que, incluso, podrían resultar concurrentes.

Por un lado, sería posible pensar en que la frustración del proyecto de vida de esta persona podría haber generado la pérdida de una serie de ingresos patrimoniales, dado que ella ya no se dedicará a la profesión u oficio a que se dedicaba al momento de sufrir el daño.

En ese sentido, siempre le hubiera correspondido ser indemnizada por tal lucro cesante, materia de orden estrictamente patrimonial.

Ahora bien, la frustración del proyecto de vida también podría apreciarse desde la perspectiva del sufrimiento o aflicción de la persona, al no poder verse realizada en aquellas facetas en las que hubiese deseado hacerlo en el futuro.

Esta frustración del proyecto de vida, es evidente que calza en el concepto tradicional del daño moral, de modo que siempre habría podido recibir una indemnización.

Entonces, volviendo a nuestro ejemplo figurativo, podemos señalar que la «bolsa» de los daños y perjuicios, es un recipiente que tiene hoy la misma capacidad que ayer, ya que los diferentes tipos, al encuadrar —ayer y hoy— siempre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dentro del concepto general de daños y perjuicios, van a representar algo así como subdivisiones de un todo; y el todo siempre debe ser la suma de las partes.

En ese sentido, el total de daños y perjuicios que deberán ser pagados a la víctima, estará conformado por la suma de la integridad de rubros o pequeños subtipos en que se subdividan los daños y perjuicios.

Sería erróneo pensar que la indemnización de daños y perjuicios pueda apreciarse como una bolsa elástica, en la que, conforme pase el tiempo, podamos no sólo incluir más tipos distintos de daños, sino también cantidades mayores y hasta ilimitadas que deba pagar el causante del daño.

Situarnos en un escenario de esta naturaleza implicaría asumir que, conforme se descubran y se vayan configurando más tipos distintos de daños y perjuicios, el monto indemnizatorio que deberá pagarse a la víctima, será mayor.

Eso implicaría que el monto total indemnizatorio sería algo así como una suma aleatoriamente perversa, cuya cuantía definitiva se halle en manos, no de la realidad, sino de la doctrina y de la jurisprudencia, conforme se vayan imaginando y creando más tipos de daños.

Lo que ocurre es que aquí aparece el espejismo de la denominada «reparación integral de la víctima». Este concepto, a decir del profesor brasileño Guilheme Gagalhães Martins,[2905] encuentra su sentido y razón de ser en la dignidad de la persona humana.

El citado autor llega a tal conclusión tras un análisis de las normas del Código Civil brasileño en cuanto a responsabilidad civil (que al igual que el Código peruano consagra como criterios de atribución de responsabilidad civil extracontractual la culpa y el riesgo) y del artículo 1 de la Constitución de su país, que al igual que la del Perú, sostiene que la defensa de la dignidad de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Pero, decimos que tal concepto es un espejismo, pues resulta obvio que la reparación integral de la víctima no puede ir más allá del monto total de daños y perjuicios causados; ello, con las salvedades hechas de los temas relativos a la cláusula penal y daños punitivos, materias a las que nos referiremos en unos momentos.

En otras palabras, el concepto de reparación integral de la víctima, que muchas veces se maneja como tabla de salvación de todos los problemas indemnizatorios, debe ser visto de forma muy cuidadosa, pues en sede indemnizatoria,

2905 «Más que las víctimas queden sin ser resarcidas, la principiología civil-constitucional, que encuentra su sentido y razón de ser en la dignidad de la persona humana (art. 1, III, Constitución de la República Brasilera), se dirige hacia la necesidad de garantizar el derecho de uno a no ser víctima de daños. Este carácter preventivo de la producción de daños busca su propio espacio en el sistema de la responsabilidad civil, paralelamente al espacio ya ocupado por la reparación de los daños ya ocurridos, cuyo monopolio deja de existir».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la justicia sólo se encuentra en el punto en el cual se marca el equilibrio, consistente en que debe ingresar en el patrimonio de la víctima, aquella cantidad que corresponda a los daños y perjuicios efectivamente sufridos, concepto que tiene como necesario correlato, el que deberá salir del patrimonio del causante del daño, una cantidad similar.

Nótese que estoy efectuando estas consideraciones, con prescindencia de si la víctima tenía o no un seguro. Incluso, si éste fuese el caso, alguien deberá pagar el monto indemnizatorio (aunque sea un tercero distinto al causante del daño). La distribución social de los daños no es gratuita. Al final, alguien siempre pagará la cuenta.

Lo que queremos expresar es que por cada dólar que ingrese en justicia al patrimonio de la víctima, también deberá salir —en justicia— un dólar del patrimonio del causante del daño o de quien lo tenga que pagar.[2906]

No debería existir en este razonamiento, inequidad alguna.

Los profesores de derecho, en materia de la creación y recreación de las tipologías del daño, debemos ser conscientes de que siempre estaremos jugando con patrimonios ajenos y no con nuestro propio patrimonio. En ese sentido, debemos efectuar estos razonamientos, poniéndonos en el lugar del patrimonio de la víctima, pero también en el del patrimonio del causante del daño o de quien deba responder por él.

Esto significa que los diversos tipos de daño, a nuestro entender, deben ser vistos única y exclusivamente —tal como fue expresado— como subdivisiones de un todo denominado «daños y perjuicios».

2906 Guilherme Magalhães Martins señala que:
«[…] el solidarismo […] permite la implementación de instrumentos para distribuir entre el mayor número de agentes implicados en la actividad lesiva la carga de las reparaciones provenientes de los daños meramente accidentales, como es el caso del seguro de responsabilidad civil, que representa una primera forma de "colectivización" de la responsabilidad.
[…] la solidaridad significa la relación entre individuo y colectividad, refiriéndose a la dependencia mutua de los hombres en una comunidad de vida, traduciendo un valor de tipo social, ético y económico, debiéndose considerar, en el campo de la responsabilidad civil, que toda acción individual dañosa afecta el cuerpo social». El mismo autor habla del paradigma solidarista de la responsabilidad civil que parte de que la Constitución brasileña señala como uno de los objetivos fundamentales de la república «construir una sociedad libre, justa y solidaria». Asimismo, sostiene que de este paradigma surge la llamada «responsabilidad por la pérdida de una chance» sobre la que Fernando Norohna sostiene que se refiere a situaciones en las que está en curso un proceso que brinda a una persona la oportunidad de llegar a obtener algo benéfico en el futuro y que la responsabilidad civil surge de la interrupción de este proceso por determinado hecho dañoso, haciendo que la oportunidad quede destruida. Se señala, además, que la indemnización derivada de la chance perdida tiene un valor menor que el daño final; sin embargo, el solidarismo amplía el campo de la reparación, facilitando la vida de la víctima. Magalhães Martins, Guilherme. «Riesgo, solidaridad y responsabilidad Civil». En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015, pp. 170-171.

Con esto queremos subrayar, además, que, en materia de responsabilidad civil, sea extracontractual o por inejecución de obligaciones contractuales, deben reinar seguridad y certeza; tanto para la víctima como para quienes deban responder frente a ella.

Una de las virtudes del Derecho Civil, ha sido siempre su predictibilidad, y su mayor estabilidad en el tiempo, en comparación con figuras e instituciones de otras áreas del derecho.

Estas virtudes son las que le han otorgado solidez y consistencia.

A pesar de que pueda sonar contradictorio, cuanto más se parece el derecho a las matemáticas, más cerca estaremos de la protección de la seguridad jurídica y más lejos nos situaremos de una Torre de Babel llena de innumerables conceptos y teorías reparadoras que muchas veces no cumplen su función.

En ese sentido, la responsabilidad civil extracontractual, ha sido siempre el centro de atención y creación de las más diversas hipótesis y tesis creadoras de estas nuevas tipologías de daños y perjuicios.

Por lo demás, no olvidemos que la imaginación de los juristas en ese campo ha probado ser infinita.

Con ello no queremos decir que la doctrina y la jurisprudencia no deban seguir haciendo la labor que vienen realizando, la cual es total- mente meritoria y ha contribuido y contribuye sobremanera, al desarrollo de esta rama del derecho.

Además, los diversos tipos de daños permiten sustentar mejor el contenido de la indemnización reclamada, es decir, que ésta tenga un mejor fundamento.

Pero, lo que queremos subrayar es que resulta inconcebible, que alguien, por un mismo acto dañoso, cometido en 1996, pueda verse expuesto a un pago de 100 mil dólares, y si lo cometiera en el 2016, debería pagar 20 millones de dólares.

Si eso fuera así, aquí habría algo que estaría funcionando mal.

Y lo único que, si funcionara mal debería corregirse, es la subvaluación de los efectos de la responsabilidad civil; es decir, los jueces deben resarcir en su justa medida, pues las indemnizaciones no deben consistir en sumas que más parezcan limosnas.

Los Códigos no son los culpables de las indemnizaciones irrisorias. ¿Cuándo un Código Civil ha establecido que se deba pagar quinientos dólares por la muerte de una persona? Pues, nunca. Así, queda claro que, si hoy en día las indemnizaciones tienen montos más altos, ello no obedece a que los Códigos hayan cambiado, sino al hecho de que los tribunales están dejando de ser injustos con las víctimas.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la indemnización debe corresponder a la integridad de daños y perjuicios sufridos, dado que el concepto indemnizable de daños y perjuicios siempre ha estado presente en los cuerpos y materias civiles.

EL ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si los daños y perjuicios sufridos por la víctima ascendían a un millón de dólares, el ordenar que se pague 100 mil dólares, sería un abuso en perjuicio de la víctima, y partiría de una repudiable subvaluación de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por ella.

Es decir, el juez en 1996 habría actuado de manera equivocada e injusta con respecto a la víctima.

Pero, si los daños y perjuicios sufridos por ella ascendían a un millón de dólares, es ése el monto indemnizatorio que deberá pagarse y no más.

En otras palabras, si algún día por daños y perjuicios que sumen un millón de dólares, se indemniza a la víctima por veinte millones, ello significará que el derecho ha perdido el sentido de proporción, y criterio de justicia, beneficiando manifiestamente a alguien y perjudicando injustamente a otro u otros.

En suma, los diversos tipos que la doctrina y la jurisprudencia han venido creando en torno a los daños y perjuicios, no deben ser vistos como rubros adicionales a los montos que resultarían tradicionalmente indemnizables por concepto de daños y perjuicios, sino sólo como una subdivisión de los mismos.

Para ponerlo con un ejemplo simple, como mencionamos, el daño al proyecto de vida de una persona que queda con una lesión grave y permanente, se puede enmarcar dentro de las categorías tradicionales de daño emergente, lucro cesante y daño moral, pero no podríamos pretender que, en relación a los montos indemnizables por estos conceptos, también se soliciten otras cantidades a resarcir, en el fondo por los mismos hechos y las mismas consecuencias, por el daño a la persona o por daños a los familiares de la víctima por concepto de daño moral y por el lucro cesante de aquel dinero que debieron percibir de la víctima y que ya no percibirán en el futuro.

Es evidente que la víctima representa la única fuente de ingresos frustrada por el daño, y que el lucro cesante de la víctima es el lucro cesante fuente de aquellos otros lucros cesantes de terceros que dependieran de la víctima.

Obsérvese, una vez más, cómo funciona aquí la tesis de la subdivisión de los conceptos de daños y perjuicios. No habrá, pues, acumulación, sino subdivisión.

Entonces, una vez más, nos encontramos frente a la «bolsa» con capacidad limitada y no frente a un recipiente infinitamente elástico.

Esta tesis de la infinita acumulación de numerosos tipos de daños me hace recordar a las condenas penales en los Estados Unidos de América, en donde el reo termina con una pena de 500 años, que nunca va a cumplir, pues morirá primero.

En el caso de indemnizaciones superlativas, el deudor probablemente nunca las termine de pagar, pues su patrimonio se agotará primero.

En adición a lo expuesto, si abonáramos a favor de la tesis de la bolsa con capacidad ilimitada, la consecuencia sería que los montos indemnizatorios resultarían

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

necesariamente, cada vez mayores con el paso del tiempo, y con el ineludible avance de la sub tipología de los daños y perjuicios que creen la doctrina y la jurisprudencia, lo que conllevaría que el derecho de daños termine por convertirse en algo así como una timba perversa y no en lo que debe ser, vale decir, una fuente de seguridades, garantías y resarcimientos justos.

Además, no nos hemos dado cuenta de que, si se acentuase esta situación, la responsabilidad civil no sólo cumpliría una función indemnizatoria, sino también punitiva.

En síntesis, los daños punitivos se habrían instalado en nuestros derechos nacionales de manera inadvertida y con una configuración mucho más amplia que la que tienen en el *common law*.

3.3. Casos en los cuales la indemnización va más allá del resarcimiento

Son, básicamente, dos los supuestos en los cuales la indemnización puede ir más allá del resarcimiento.

El primero es el de las cláusulas penales.

En esta materia, es evidente que las penalidades tienen una serie de funciones, dentro de las cuales están la compulsiva y la disuasiva; es decir, que persiguen que el deudor cumpla con sus obligaciones, a la par que buscan disuadirlo del incumplimiento.

Cuando las cláusulas penales consistan en montos dinerarios muy por encima del valor de los daños y perjuicios realmente causados; y no se permita la reducción de tales penalidades, no cabe duda de que la indemnización por la penalidad pactada que se tendrá que pagar, excederá la suma resarcible.

Nótese cómo éste es un supuesto absolutamente excepcional dentro del Derecho Civil, pues la finalidad de las indemnizaciones es que se limiten a resarcir los daños y perjuicios causados, y no que se extiendan más allá de los mismos.

Es verdad que, cuando nos referimos a los distintos tipos de daños y los constantes aumentos de los montos indemnizatorios, estamos hablando —en estricto— de supuestos en los que el resarcimiento va más allá de lo que se debe indemnizar, si es que se aprecian las infinitas tipologías como rubros indemnizables susceptibles de ser adicionados a los conceptos tradicionales de daños y perjuicios.

Pero si los apreciamos desde la perspectiva que planteamos en este trabajo, los mismos no deberán exceder los rubros estrictamente indemnizables derivados del acto dañoso.

En segundo lugar, tenemos el caso de los daños punitivos, los mismos que están fundamentalmente centrados en algunos ámbitos del *common law*, pero como

EDITORIAL JURIDICO CASTILLO FREYRE

bien señala Francesca Benati,[2907] se trata de un concepto que podría ser extendido en nuestros derechos, a otras áreas en donde tradicionalmente no se le ha considerado aplicable en el Derecho anglosajón.

Los daños punitivos cumplen, evidentemente y, en primer lugar, una función sancionatoria con respecto al causante de un daño y, en segundo lugar, una función de disuasión (*deterrence*) a dichos culpables, a efectos de que no repitan sus conductas dañosas, además de advertir a los demás miembros de la sociedad sobre las consecuencias que acarrean conductas como ésas.

Nótese que la proliferación de diversos tipos de daños, así como su acumulación y los montos indemnizatorios desproporcionados a la realidad, que empiezan a abundar en nuestros derechos nacionales, van aproximándose —inadvertidamente— a los daños punitivos del Derecho anglosajón.

En la medida en que el resarcimiento no sólo indemnice, sino que también escarmiente, los daños y perjuicios de nuestra tradición jurídica se habrán hermanado con los daños punitivos del *common law*. Hablarán idiomas distintos, pero perseguirán los mismos fines. Y, más aún, no se circunscribirán a las áreas en las que ellos tienen lugar en el *common law*, sino que reinarán en todos los ámbitos del derecho.

3.4. Mi experiencia profesional

Es aquí, donde corresponde, entonces, comentar acerca de mi experiencia profesional como árbitro, que —como señalé al comenzar estas palabras—, se circunscribe al caso específico de la responsabilidad contractual.

Cabe mencionar que en el caso del Perú, nuestro Código Civil adopta un sistema binario en cuanto a la responsabilidad civil, es decir, regula la responsabilidad contractual y la extracontractual por separado; y que, en cuanto a los daños resarcibles, nuestro Código hace referencia en la parte correspondiente a la responsabilidad contractual, al daño emergente, al lucro cesante y al daño moral. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, hace mención a esas mismas tres categorías y adiciona el daño a la persona.

2907 Benati, Francesca. «Incumplimiento de contrato y *punitive damages*». En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015, pp. 297-298.
«[…] En la doctrina extranjera, incluso la del *civil law* se observó que ha sido la ineficacia de la función reparatoria la que ha impuesto el recurso a los *punitive damages* como una forma capaz de asegurar que los comportamientos de los agentes económicos no comprometan el derecho a la vida, a la integridad física, los derechos y los intereses de la persona humana. Dichos aspectos pueden ser violados también en caso de incumplimiento contractual.
[…] No se puede seguir sosteniendo que el derecho de los contratos gobierna exclusivamente las relaciones comerciales, en las que la cantidad requerida para compensar las pérdidas puede ser determinada con bastante facilidad, mientras que la responsabilidad civil, al reparar también lesiones de intereses personales más complejos a evaluar, justifica el recurso a resarcimientos supracompensatorios. […] también el incumplimiento del contrato puede incidir sobre los derechos de las partes, con un perjuicio resultante que no puede ser cuantificado económicamente».

En los quince años de ejercicio profesional como árbitro he participado en más de 440 arbitrajes y laudado en más de 300 oportunidades, y quiero compartir con ustedes cómo se ha tratado el tema de la responsabilidad civil en aquellos casos.

Para estos efectos, he tomado una muestra de 100 laudos al azar; y, de este universo, se desprende que en 72 de ellos se plantearon pretensiones indemnizatorias, las mismas que, obviamente, fueron resueltas de manera dispar.

Así, el detalle es el siguiente:

Tipo de daño demandado	Cantidad de veces	Amparadas (aunque sea parcialmente)	Rechazadas
Lucro cesante	21	3	18
Daño emergente	55	10	45
Daño moral	13	0	13
Cláusula penal	32	12	20

Puedo decirles que, con los criterios tradicionales de lucro cesante, daño emergente, daño moral y la aplicación de la cláusula penal, según corresponda, es perfectamente posible cubrir aquello que las empresas y personas naturales demandan en un proceso arbitral, en cuanto a responsabilidad civil contractual se refiere.

En ese sentido, las distintas tipologías de daño que se han ido generando en el tiempo a nivel doctrinario y jurisprudencial, si bien ayudan a realizar una clasificación más precisa de aquello que se demanda en un proceso y enriquecen el ámbito teórico, no resultan en estricto indispensables para atender lo solicitado por las partes en cuanto a sus pretensiones resarcitorias.

Indemnización habrá, si hay daño, y, de todas maneras.

No olvidemos que, finalmente, lo que se busca en cuanto a la responsabilidad, es tutelar los derechos de quienes han sido sujetos de algún daño o perjuicio, con la finalidad de resarcirlo, imponiendo al responsable la obligación de reparar aquello que ha ocasionado, lo que, como se evidencia, es totalmente atendible con los criterios tradicionales que aún predominan en las legislaciones vigentes de la mayoría de ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica romano-germánica.

Muchas gracias.

TEODORO MARIO CASTILLO FREYRE

Daño moral

Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

1. Fuentes nacionales del artículo 1322

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, abordó el tema por primera vez en su artículo 178: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».

A su turno, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 trataba esta materia en el artículo 1341: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1289: «El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento».

2. Análisis

2.1. Generalidades

En torno a la evolución de la reparación del daño moral, cabe anotar que ésta no es una cuestión nueva, sino que, por el contrario, se ha planteado desde muy antigua data.

Así, por ejemplo, en el último estadio del Derecho romano, existían varias acciones para la defensa y la reparación de vulneraciones que afectaran sentimientos íntimos o el honor, tales como la *vera rei estimatio*, la *affectus*, la *pietas*, etcétera.

De igual modo, en el Derecho germánico se reconocía el sistema de composiciones (*Wehrgeld*), que consistía en una especie de tarifa legal por las injurias o las lesiones, y que permitía la compensación de una muerte o de una injuria si mediaba el pago de una suma de dinero a la víctima o a su familia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La legislación alfonsina cuenta también con un antecedente importante en torno al daño moral, pues en la Ley de las Siete Partidas se da como concepto de daño el siguiente: «El empeoramiento o menoscabo que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro».

En el Derecho francés tampoco se desconocía una reparación de esa índole; muy por el contrario, se hizo bastante uso de ella en muchas resoluciones judiciales.

Si bien se puede observar que la noción del daño moral es antigua, la doctrina coincide, sin embargo, en señalar que el verdadero reconocimiento de la figura recién se llevó a cabo en el siglo XX.

Se trata, sin duda, de una materia cuyo fundamento se encuentra en los derechos de la personalidad y su evolución es fruto esencialmente de la jurisprudencia.

La Casación n.° 3220-2002-Camaná, de fecha 25 de abril de 2002, ha definido al daño moral de la siguiente forma, «*Octavo.* El daño moral implica un daño profundo en el ser de la persona, el mismo que es de difícil cuantificación, mas no imposible, toda vez que implica un daño subjetivo; en cambio, tanto el lucro cesante como el daño emergente, sí son elementos cuyos montos pueden determinarse atendiendo a que su esencia es objetiva».[2908]

Sobre el particular, Domínguez[2909] señala que toda la teoría del daño moral se ha elaborado a partir de ciertas sentencias que por su trascendencia han modificado la concepción estricta del daño imperante a veces en la doctrina, otras en el propio texto legal. Y ello es sorprendente porque en la mayoría de los sistemas, pese a la transformación operada por sentencias judiciales, las normas relativas a la responsabilidad y al daño extrapatrimonial, en particular, no han sido alteradas y, no obstante, existe una desarrollada teoría que regula sus requisitos y contenido.

Según la profesora citada[2910], el reconocimiento del daño moral dentro del ámbito de la reparación civil podría dividirse en tres etapas:

(a) Una primera, referida a la aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial en materia aquiliana, esto es, el llamado «daño moral impropio».

(b) La segunda, concerniente a la admisión para la misma esfera de la responsabilidad, del resarcimiento del «daño moral puro», es decir, aquel perjuicio que no afecta ni aun indirectamente al patrimonio de la víctima.

2908 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 987. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2909 Domínguez Hidalgo, Carmen. «La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil chileno y comparado». En *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 25, número 1, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998, p. 31.

2910 *Ibidem*, p. 32.

(c) La tercera etapa, supone el acogimiento del pleno resarcimiento en toda la responsabilidad y, por ende, tanto en materia extracontractual como contractual sin distinción, y aun ampliándose la noción del daño moral a todo el ámbito de los atentados a los intereses extrapatrimoniales de la persona.

Señala que, sin embargo, son muy pocas las legislaciones que se atreven a desarrollar la figura en toda su extensión; incluso hay sistemas jurídicos que admiten esta tercera etapa muy tímidamente y otras ni siquiera la plantean. Las razones que se exponen al respecto son muy variadas, como la veneración a la opinión tradicional o a los textos legales; de ahí que la doctrina francesa haya precisado que todo dependerá de la familia en que nos situemos y, dentro de ella, del sistema jurídico en el que nos centremos.

El daño o agravio moral interesa al Derecho en cuanto plantea el problema de si da lugar a sanciones, y en caso de considerarse que las admite, resolver su naturaleza, encontrar el fundamento y precisar su medida. «El Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considerara impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales por la sola circunstancia de no tener cotización monetaria. Correlativamente con esta concepción, quedó configurado el concepto del agravio moral. El desmedro de los bienes materiales ocasiona daño patrimonial. El ataque a los bienes inmateriales configura agravio moral»[2911].

Pese a todas estas consideraciones, en la historia del Derecho muchos discutieron la procedencia de la reparación del daño moral. Incluso entre quienes la admiten, se aprecian diferencias respecto de su amplitud.

Se desarrollaron varias teorías destinadas a deslindar la cuestión en torno a dónde y cómo se proyecta la extrapatrimonialidad del daño que debe ser reparable. A modo ilustrativo, nos ocuparemos de las más significativas:

La primera teoría sostiene que el daño moral deriva de la «clase de derecho» subjetivo lesionado, protegido por el ordenamiento.

Así, el daño (moral) más que una violación al derecho de un sujeto, lo es de una norma que reconoce el derecho subjetivo inherente a la personalidad. Es decir, lo ofendido aquí es el ordenamiento mismo, como perjuicio *in iure*.

Autores como Almanza, Erro, Cifuentes, Santos y Lerner[2912] señalan, sin embargo, que en realidad lo dañado no es el derecho que sigue incólume tras el ataque, sino el objeto disminuido u ofendido por ese ataque. El derecho —dicen los autores citados—, sea personalísimo o no, se reduce a un goce y a una reac-

2911 *Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit.*, tomo I, p. 605.

2912 Citados por Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Derecho de Daños*. Primera parte. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1991, p. 401.

ción para defender ese goce. Luego, no puede ser soporte del daño, el cual se produce sobre el objeto dañado y no sobre el derecho subjetivo-normativo que protege a ese objeto.

La segunda teoría se refiere al interés afectado, entendido éste como «el poder actuar» reconocido por la ley hacia el objeto de satisfacción. Es lo que la doctrina denomina «interés *in iure*» (la posibilidad de gozar el derecho subjetivo y reaccionar para defenderlo).

Según esta posición, se admite también otra categoría de interés, que vendría a ser la expectativa lícita de continuar obteniendo el objeto de satisfacción, esto es, el «interés simple».

Refutando esta teoría, Trigo Represas y Stiglitz[2913] señalan que el interés, concebido de esta manera, no puede ser dañado, pues persiste antes y después del ataque incólume, tal cual como el derecho subjetivo. Ese derecho no es menos derecho ni derecho desmedrado, si en su objeto concurre un daño; ese interés tampoco es menos poder, o poder reducido a partir de la ofensa o el perjuicio. Ellos no son, por lo tanto, los menoscabados. A menos que se haya perdido completamente el objeto y, en consecuencia, el derecho y el interés-facultad.

Expresan los autores citados que se conculca nuestro cuerpo con consecuencias de dolor y psíquicas; es eso lo dañado y no la facultad o el poder que ya ejercemos sobre él, como tampoco el derecho subjetivo que ese bien contiene a nuestro favor, ni menos la norma que reconoce aquel derecho.

La tercera corriente se ubica, más bien, en el resultado o efecto de la acción dañosa.

Señala que, si el detrimento producido por la ofensa disminuye o hace perder un bien material y no valuable en dinero, es daño moral; si, por el contrario, el daño es mensurable en moneda patrimonial, es daño material.

Agregan Cazeaux y Trigo Represas que, si bien las tres doctrinas expuestas tienen adherentes entre los autores, la generalidad de ellos adopta la última, pues toma como base el concepto especial de «daño», que es el único que interesa a los fines del resarcimiento.

En ese sentido, indican que si realmente lo que se desea es clasificar al daño resarcible, no hay que atender a la naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto es, a los efectos o consecuencias de la lesión.

Según este concepto, resulta lógico —a decir de los autores consultados— que una acción ilícita, aunque no haya afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a ésta ambas clases de daños (daño patrimonial o material y daño moral), conjuntamente.

2913 *Ibidem,* pp. 402 y 403.

Alfredo Orgaz[2914] anota que no hay, por consiguiente, más que un daño moral en sentido propio, o sea, el que los escritores llaman «puro»; en cuanto al supuesto daño moral con repercusión sobre el patrimonio, se trata del daño patrimonial indirecto, expresamente aludido por la ley argentina en el artículo 1068 del Código Civil.

Se pone énfasis en que, en rigor, todo gira alrededor del efecto dañoso de la acción y, a través del demérito en sí mismo soportado, es posible determinar la cuantía de la indemnización equivalente o satisfactoria.

Según Trigo Represas y Stiglitz, en la mayor parte de los sistemas derivados del romano-germánico[2915], la denominación más usual es la de «daño moral», siguiendo la nomenclatura francesa que opone el daño material, al moral. En Italia, lo denominan «daño no patrimonial»; en Alemania, «daño inmaterial»; y «daño no pecuniario» (*non pecuniary loss*) en el *Common Law*.

Señalan que[2916] en lo concerniente al daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, las denominaciones empleadas también son diversas: daño moral contractual, daño moral derivado de incumplimiento, daño moral derivado de contrato, etcétera.

Agregan que dicha diversidad terminológica no es meramente anecdótica, sino que, por el contrario, revela la complejidad que presenta la noción misma del daño moral en cuanto supone, por esencia, confrontarla o distinguirla del daño patrimonial o material.

En cuanto al contenido mismo, creemos —al igual que un sector importante de autores[2917]— que resulta infructuoso y hasta inútil, abordar al daño moral en una definición absoluta. Primero, porque se aprecia en la doctrina (y en algunas legislaciones) una acentuada tendencia a reparar todo daño; y segundo, porque —a decir de los tratadistas— el daño moral es una noción esencialmente relativa, en estricta dependencia con el nivel de tutela jurídica que se estima indispensable conceder a la persona. Dicha idea, la doctrina la resume en la premisa de que, a mayor conciencia social de esa protección, mayor número de hipótesis serán consideradas como daño moral.

La definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica—, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, es decir, «todo menoscabo de

2914 Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Omeba, 1960, p. 224.

2915 España, Argentina, Chile, México, Perú, entre otros.

2916 Trigo Represas, Félix A. y Rubén S.Stiglitz. *Op. cit.*, p. 407.

2917 Veáse al respecto: Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 43; Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 231 y ss.; Vicente Domingo, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 171-179.

un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente»[2918].

Al respecto, anotamos que el daño moral es el daño no patrimonial, pues está inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. Son, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, aquéllos que recaen sobre bienes inmateriales, tales como los que lesionan los derechos de la personalidad; y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que, independientemente del daño moral, originan, además, un daño material.

Y, en cuanto a sus efectos, son susceptibles de producir una pérdida pecuniaria, o son morales *strictu sensu*, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Otro punto conflictivo de la temática acerca del daño moral es el referente a la naturaleza jurídica de su resarcimiento. Al respecto, la polémica fue importada de cierta parte de la doctrina francesa que argumentaba lo siguiente: (1) que los contratos no pueden tener por objeto sino intereses pecuniarios y que, por consiguiente, un simple interés de afecto no puede dar lugar a que se indemnicen los perjuicios derivados de su inejecución; (2) que la indemnización del daño moral representaría para el acreedor un aumento de su patrimonio sin causa legítima, bajo cuyo aspecto constituiría una especulación sobre afectos, inmoral e ilícita; (3) la imposibilidad que habría para la estimación exacta del perjuicio[2919].

Sobre el particular, Salvat[2920] señala que dichas razones no le parecen decisivas. En cuanto al primer argumento —anota Salvat—, es necesario no confundir la posibilidad del cumplimiento de los contratos y obligaciones en general, con la indemnización por falta de cumplimiento; son cosas independientes y puede perfectamente ocurrir que el interés moral no sea por sí sólo bastante como objeto de un contrato, pero que justifique el pago de una indemnización por falta de cumplimiento. En cuanto al segundo argumento, agrega el profesor argentino, decir que

2918 Domínguez Hidalgo, Carmen. *Op. cit.*, p. 43.

2919 Dentro de la doctrina italiana, por ejemplo, Gabba (Citado por Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo v, p. 252) llegó a sostener que le parecía escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha sido muerto. Dicha apreciación permitió la respuesta de Giorgi en el sentido de que nadie duda de que aquél a quien se ha robado o matado un asno, obtiene resarcimiento integral del daño; mientras tanto, a quien se roba o mata la libertad, el honor, la tranquilidad, el pudor, no se le debería nada. La inmoralidad, el escándalo, estarían más bien en no reparar los agravios producidos, dejando sin defensa los valores más caros al individuo.
Así, eran varias las razones expuestas por quienes se manifestaban contrarios al reconocimiento del daño moral en el Derecho. Dentro de esas razones se pueden mencionar las siguientes:
- Que es inmoral.
- Que es imposible demostrar jurídicamente su existencia.
- Que es pasajero y se desvanece.
- Que no hay posibilidad de encontrar reparación adecuada al agravio moral.
- Que constituye un enriquecimiento sin causa.

2920 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, pp. 92 y 93.

la indemnización del daño moral representa un aumento ilegítimo del patrimonio del acreedor y que ella sería una especulación inmoral e ilícita no le parece exacto; la indemnización compensaría la privación del goce que el cumplimiento del contrato debía proporcionar al acreedor, y esto no puede ser nunca una especulación inmoral e ilícita; las cosas hay que mirarlas con un criterio humano y, dentro de este orden de ideas, no se puede negar que una suma de dinero, indemnización de un perjuicio moral, puede servir al acreedor para proporcionarse distracciones que le hagan olvidar la pena experimentada. En cuanto al tercer y último argumento —finaliza el citado autor—, es verdad que la apreciación exacta del daño moral sería una fuente de dificultades, pero esta es una cuestión de hecho y las dificultades a que ella dé lugar en la práctica no pueden bastar para excluir la aplicación de un principio que es justo y racional. Por ello la tendencia moderna es en el sentido de admitir en todos los casos, cualquiera que sea la fuente de la obligación, la indemnización del perjuicio moral.

No obstante que hoy en día la doctrina acepta de manera unánime la indemnización por daño moral, ella sigue dividida en dos grandes líneas de pensamiento.

Así, hay quienes sostienen que la reparación del daño moral constituye una sanción punitoria para el ofensor[2921].

Esta primera tesis parte de considerar que los derechos lesionados tienen una naturaleza ideal, no valorable pecuniariamente y, por eso, no son resarcibles. De ahí que Ripert[2922] señalara que lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor; los daños e intereses (perjuicios) no tienen aquí carácter resarcitorio, sino carácter ejemplar. Según esta posición, el daño moral es la obligación jurídica de reparar todo el mal causado por la infracción como complemento intrínseco de la pena.

Por su parte, una segunda tesis considera que la reparación pecuniaria del daño moral es de naturaleza resarcitoria.

Dentro de esta línea de pensamiento, Alfredo Orgaz[2923] afirma que lo mismo que la indemnización de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan sólo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.

Dado que el daño moral repercute, ya sea lesionando o en menoscabo de aquellos intereses jurídicos que involucran las facultades de actuar en la esfera personal, propia o subjetiva del afectado, la apreciación pecuniaria que se tenga

2921 Propugnan esta posición: Demogue, Ripert, Savatier, Legón, Llambías, entre otros.

2922 Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá, 1946, p. 181.

2923 Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 230 y 231.

que hacer al respecto, no lo es estrictamente con fines de «compensación», tratando de reemplazar pecuniariamente lo destruido, dañado, etcétera, sino más bien con una finalidad «satisfactiva»[2924].

En ese sentido, si bien resulta complejo demostrar la materialidad del dolor, del pesar, de las aflicciones o penas, ello no significa, sin embargo, que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria, que, aunque no pueda borrar los efectos del hecho dañoso, por lo menos concede al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que fueron afectadas.

Existe, sin embargo, una apreciación mixta en torno a la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral. Según ella, si se está de acuerdo en que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, tutela o reconoce, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. Así, esta posición mixta concluye en que no es posible adoptar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano; y que la reparación del daño moral puede revestir —y reviste comúnmente— el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye. «La reparación cumple, entonces, una *función de justicia* o *sinalagmática*, que conjuga o sintetiza *a la vez* la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del agravio en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etcétera), y la naturaleza punitoria o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad —dolo o culpa— etcétera)»[2925].

2.2. Condiciones para la aplicación del daño moral

De otro lado, la reparación del daño moral requiere, desde luego, ciertas condiciones que, sin lugar a dudas, tienen estrecha relación con los caracteres que rodean —junto al daño en sí— a los factores de atribución de responsabilidad. Dichas condiciones son las siguientes.

2924 Sobre el particular, Larenz exponía: «La función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral ofendido, tiene por objeto, proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder». (Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo II, pp. 642 y 643).

2925 Veáse al respecto, Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 254-265.

2.2.1. Que haya una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito

Vale decir que el responsable no puede estar obligado a resarcir más que las consecuencias no patrimoniales que causó con su acto y no las que se hayan derivado fortuitamente, aunque sea con ocasión de ese acto.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil, esos daños deben ser consecuencia inmediata y directa de la inejecución de la obligación.

2.2.2. Que el daño sea cierto

Tal requisito no se relaciona con la obligación de probar que «efectivamente» se ha sufrido un daño, como en el caso del daño material.

Acá la existencia del daño moral se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y por la titularidad del accionante. Se trata de una prueba *re ipsa*, es decir, que surge inmediatamente de los hechos mismos.

Pero debe acreditarse la existencia del daño.

Se parte de destacar que la finalidad del Derecho no concluye en la defensa de los bienes económicos o materiales y que éste también conoce los derechos personales, bienes extrapatrimoniales de contenido moral y de proyección esencial en la convivencia; y en ese sentido, resulta inadmisible dejarlos desamparados cuando éstos son vulnerados. Dentro de ese criterio, la reafirmación del derecho que ha sido afectado da mérito a iniciar una acción de reparación, sin exigir la prueba y la medida concreta del dolor íntimo sufrido.

Siendo normal, señala Giorgi, que en situaciones como las que dan lugar a un problema de daño moral, toda persona se sienta íntimamente afectada y sufra los efectos de ese dolor moral, bastará con acreditar la materialidad del ataque.

En torno de este punto, Giorgi[2926] anota que es preciso distinguir la prueba genérica de la específica. En el lenguaje forense —dice el citado autor—, se entiende por prueba genérica del daño la prueba de un hecho del cual, no pudiéndose excluir la idea de que se haya derivado daño, no se tiene del todo la demostración completa de que el daño se haya producido efectivamente y a cuánto asciende; por prueba específica, en cambio, debe entenderse a la demostración precisa del daño, *quale, quantum sit*. Esta segunda prueba —señala el profesor italiano— es innecesaria en algunos juicios, y se precisa únicamente cuando se reclama del juez que condene al demandado en una cantidad determinada, a título de reparación; mientras a su vez es bastante la prueba genérica, cuando se solicita del juez la declaración genérica de la obligación del resarcimiento, a cargo de Ticio o de Cayo, dejando para luego liquidar el mismo daño en juicio separado.

2926 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo v, pp. 254 y 255.

2.2.3. Que el daño sea personal del accionante

Según este carácter, nadie puede reclamar el daño sufrido por otro.

El fundamento sustentado es el siguiente: se parte de que el daño moral es aun más personal que el daño patrimonial, dado que el dolor, la lesión a las afecciones legítimas es, por su propia naturaleza, algo inherente a la persona misma del titular.

Asimismo, Zannoni[2927] argumenta que antes de ejercer la acción, ésta no tiene carácter patrimonial, y en ese sentido nadie podría invocar como propio ese dolor o esa lesión a afecciones íntimas ajenas, para pretender una indemnización.

En virtud de este carácter —sostiene Zannoni— la doctrina se muestra unánime en reconocer que la acción de reparación del daño moral no puede ser cedida a terceros por el titular, ni puede ser ejercida por los acreedores mediante la acción subrogatoria, desde que el agravio no tiene ninguna vinculación con el patrimonio, que es lo que constituye la garantía de los acreedores. La reparación no tiene por objeto (como en el daño patrimonial) restablecer un valor económico destruido o menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sido lesionado en sus afecciones íntimas, y ello es algo enteramente personal.

Por nuestra parte, disentimos de tan ilustrado parecer, en la medida en que, al tratarse de un crédito, el mismo es susceptible de cesión. Naturalmente, creemos que antes de que se produzca dicha cesión, constituye requisito ineludible el que la víctima del daño moral haya manifestado al acreedor sentirse acreedor del mismo por una cuantía determinada. Caso contrario, sería evidente que un tercero no podría reclamar el pago de una indemnización que el afectado nunca manifestó o consideró reclamar.

No obstante lo indicado, en algunos casos, ante la evidencia del daño moral, el mismo podrá ser reclamado directamente por cesionarios o sucesores.

2.2.4. Que quien lo invoca pueda ser considerado como un «damnificado» en sentido jurídico

A decir de Zannoni, este carácter está dirigido a establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización de los daños morales, toda vez que se considera que si sólo se tiene en cuenta que el daño moral es cierto y personal del accionante y que aquél se halla en conexión causal con el delito, tales condiciones pueden encontrarse en numerosísimas personas vinculadas afectivamente con la víctima inmediata: novio o novia, amigos íntimos, socios, colegas, etcétera (que pueden, en muchas ocasiones, exhibir un dolor real y profundo por la muerte de aquélla) y tal multiplicidad de damnificados sería aniquiladora para el responsable y excedería manifiestamente los propósitos de justicia que fundan la indemnización.

2927 Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 256.

La cuestión, sin embargo, presenta ciertas dificultades, ya que se refiere a un punto poco tratado, no sólo por la doctrina, sino también por la legislación, aunado a la naturaleza particular del perjuicio.

Así, se puede extraer de la doctrina[2928] que los criterios con los que se podría establecer posibilidades generales de solución al respecto son los siguientes:

La solución dominante que plantea la jurisprudencia francesa, por ejemplo, se centra en fundar el derecho simplemente sobre el efectivo vínculo de afecto existente entre el accionante y la víctima del hecho. La acción pertenecería a cualquier persona, pariente o no, que pueda justificar una lesión real a sus afecciones íntimas como consecuencia del acto ilícito.

Pese a apoyar esta interpretación, los tribunales y autores reconocen, sin embargo, la necesidad de restringir de algún modo esta formal ilimitación y desechar, como lo han dicho los Mazeaud, las consecuencias insensatas de la teoría. Pero todas las restricciones que se han querido poner carecen de organización y están determinadas con base en un pragmatismo ocasional y arbitrario. En ese sentido, se exige —según este criterio— la prueba de un dolor «real», «muy profundo».

Una segunda solución plantea el fundamento de la reparación sobre un criterio objetivo y de existencia legal, como el parentesco.

Es decir, la acción sólo está concedida a los parientes de la víctima, quienes no necesitan probar la existencia de un dolor o de sus afecciones lastimadas. El dolor se presume por su condición de parientes y por la naturaleza del acto ilícito, «[...] salvo la prueba del responsable de otra situación objetiva que destruya aquella presunción (divorcio, desheredación, demencia, etcétera)»[2929].

Ésta constituye, según Orgaz, una solución generalizada en las legislaciones.

2.2.5. Su regulación en el Código peruano

En lo que respecta al Código Civil peruano de 1984, la figura del daño moral encuentra acogida específica (referida a su naturaleza, magnitud y caracteres) en tres normas. La primera, perteneciente a la responsabilidad contractual (artículo 1322) y las otras dos al campo de la responsabilidad extracontractual.

El tenor de los referidos preceptos es el siguiente:

> Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
>
> Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia.

2928 *Ibidem*, p. 257.
2929 Orgaz, Alfredo. *Op. cit.*, p. 266.

> Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.
>
> El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

De las reglas citadas, se aprecia que nuestra legislación no sólo acoge la reparación de dicho agravio, sino que, además, admite su aplicación y protección en sentido amplio, abarcando los supuestos de daño moral en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual[2930], pues las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos[2931].

Cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza[2932].

Se precisa[2933] que compete al juez señalar el monto de la reparación por el daño moral, actuando con un criterio discrecional; esto se debe a que la reparación ha de hacerse por un determinado *quantum* pecuniario, o sea, el daño moral sufre una especie de trasmutación para el efecto de que él, siendo extrapatrimonial, sólo puede repararse mediante una indemnización de carácter patrimonial; de otro modo, el daño moral no podría ser reparable, salvo los casos muy singulares en que cupiese la reparación *in natura*; así, el ejemplo académico de la recuperación de un retrato de familia.

En esta forma se consagra la regla de la reparación integral a favor de la víctima; no obstante, se tiene cuidado al prevenir *que debe existir una relación de causalidad adecuada al daño en cuanto a los eventos*[2934]; así, pues, no se responde por eventos meramente fortuitos, casuales, que no tienen ese carácter de causalidad necesario.

2.3. El daño moral en el incumplimiento contractual

La procedencia de la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual se discute desde antiguo en la doctrina. Ello, a consecuencia, por un lado, de la

2930 Sobre la discrepancia en torno de la medida o amplitud que debe reconocerse en la protección del daño moral nos ocuparemos más adelante.

2931 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones. Op. cit.*, p. 245.

2932 Loc. cit.

2933 León Barandiarán, José. «Exposición de Motivos y comentarios de la Sección relativa a Responsabilidad Extracontractual». En *Exposición de Motivos y comentarios del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo VI, p. 807.

2934 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

falta de una norma expresa sobre el tema en algunas legislaciones y, por otro, en consideración a la característica de que toda prestación (objeto de la obligación) debe ser susceptible de apreciación patrimonial.

Profesores como Guillermo A. Borda[2935], por ejemplo, no se muestran partidarios de la indemnización del daño moral contractual, o al menos en sentido amplio, pues sólo lo admiten para ciertos contratos, cuyo fin sea exclusiva o predominantemente moral.

Así, el citado jurista ha comentado que la ley debe ser más severa con el autor del hecho ilícito que con quien incumple una obligación. En el respeto de una norma jurídica está comprometido un interés de orden público. Su violación causa un perjuicio grave e inmediato de orden social; importa un escándalo desde el punto de vista del derecho positivo.

Borda reconoce que también es cierto que existe un interés general en que los contratos sean cumplidos, pero ese interés público, desde su óptica, sólo juega de manera mediata. Lo inmediato es sólo un interés privado. Y por ello luego agrega que la ley ha sido más rigurosa al considerar la indemnización del daño moral en los hechos ilícitos que en el incumplimiento contractual.

Otro argumento favorable a la regulación distinta del daño moral en el campo extracontractual y contractual apunta a un aspecto más concreto y específico: el daño moral es una especie no habitual, pues la mera connotación de orden psíquico que aparece como efecto común del incumplimiento no es suficiente para configurar dicho daño. Se sostiene, además, que lo puramente psíquico no cae en la esfera del Derecho.

Pero veamos cuáles resultan ser los sustentos más jerarquizados y actuales que se inclinan por acoger el daño moral en el ámbito de la contratación.

La doctrina considera a la obligación como un «vínculo jurídico» o «relación jurídica», lo que significa un lazo que une al deudor con el acreedor sancionado por la ley. Ello es lo que distingue a la obligación de otras normas éticas, como los preceptos morales, que precisamente carecen de coercibilidad[2936]. La única forma, como se sabe, de que la persona obligada pueda romper el vínculo es realizando la prestación debida, o sea, pagando, lo que resulta ser la manera normal de extinguir la obligación. Asimismo, esta obligación tendrá un objeto que se traduce en el hecho de que el deudor queda colocado en la necesidad de ejecutar a favor del acreedor una prestación (de dar, de hacer o de no hacer algo). De lo anterior se

2935 Borda, Guillermo A. *La reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, pp. 200 y ss.

2936 Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis sobre la teoría general de las obligaciones en la primera parte de este Tratado.

concluye —en palabras de Ramón Meza Barros[2937]—, que la ley dota al acreedor de un conjunto de medios o recursos para conseguir las ventajas que la obligación está naturalmente llamada a reportarle.

Los efectos de las obligaciones, entonces, son el conjunto de medios que la ley pone a disposición del acreedor para obtener su cumplimiento íntegro y oportuno, y están constituidos por los siguientes[2938]:

(a) Como se recuerda, el primer derecho que la ley confiere al acreedor es la ejecución forzada, pues la obligación ha sido contraída para ejecutarse, y si el deudor no lo hace, el acreedor está facultado a constreñirlo por la fuerza.

(b) Asimismo, según viéramos en su oportunidad, el acreedor tiene otros derechos «auxiliares» encaminados a mantener el patrimonio del deudor en condiciones de poder afrontar las obligaciones contraídas. Dichos derechos persiguen impedir que el patrimonio del deudor disminuya, de modo que se torne insuficiente para responder por sus obligaciones. Entre ellos tenemos a las medidas conservativas, la acción revocatoria o pauliana, la acción subrogatoria u oblicua, la acción directa, la acción de nulidad o anulabilidad por simulación, etc.

(c) Si al acreedor le es imposible obtener la ejecución forzada de la obligación, porque su propia naturaleza pone un obstáculo insalvable (como sucede con frecuencia en las obligaciones de hacer), el acreedor puede procurarse una satisfacción equivalente al objeto de la obligación y exigir que se le reparen los daños que el incumplimiento ha podido ocasionarle. Es decir —como recuerda Puig Peña[2939]—, si no se puede cumplir la obligación en forma específica, la reacción del Derecho se proyecta entonces directamente contra el patrimonio del deudor, a fin de extraer de éste la cantidad de bienes suficientes para que quede restaurado el desequilibrio económico provocado por el incumplimiento de aquél. Ello constituye el resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios.

Así, si se tiene en cuenta dicho esquema —que ahora se presenta de modo resumido—, no admitir la reparación del agravio moral en el ámbito contractual, significaría contradecir ese mismo esquema: el concepto en sí de la obligación, sus elementos y efectos.

2937 Citado por Tomasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 21.

2938 Sobre la materia, remitimos al lector a lo expresado con ocasión del análisis de dichos efectos.

2939 Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, tomo IV, volumen I, pp. 297 y 298.

El hecho de establecer que las prestaciones objeto de las obligaciones —y éstas, a su vez, de los contratos— deben ser susceptibles de apreciación pecuniaria, no constituye impedimento para la vigencia de la tesis favorable al resarcimiento de los daños morales en la responsabilidad contractual, pues como se recalcara anteriormente, un concepto es el contenido de la prestación y otro distinto son los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación.

Según señala la doctrina, para entender lo antes expresado hay que recordar la distinción entre patrimonialidad del interés y patrimonialidad de la prestación, que no aparecen necesariamente juntas en los actos jurídicos y, por ende, en los contratos.

Así, por ejemplo, Emilio Betti[2940] afirma que debe intuirse tanto la necesidad de distinguir la prestación en sí misma considerada, como el interés a satisfacer al cual sirve la prestación, en cuanto es destinada a aportar al acreedor una utilidad (la cual, aunque es apreciable en la vida de relación, no es valorizable en dinero en sí misma considerada), a satisfacer un interés típico que, por sí mismo, no se reduce a una valoración pecuniaria, como por ejemplo el interés por la cultura, la salud u otros semejantes.

Con el propósito de ilustrar dicha distinción, el referido autor expone que las utilidades que suelen procurar las actividades del maestro, el médico o el abogado, al alumno, al paciente o al cliente, respectivamente, podrán tener algunas veces relevancia económica, pero, por lo general, son de carácter inmaterial. Las enseñanzas del maestro, la salud que debe devolver el médico o la obtención del éxito en la causa judicial a favor del cliente tienden a la satisfacción de un interés, pero el interés por recobrar la salud, por la adquisición de cultura, o por el éxito de una causa, independientemente de las posibles consecuencias económicas, es un interés no ciertamente susceptible de una valoración patrimonial, es un interés puramente moral.

Dentro de ese contexto, cuando la responsabilidad contractual se atribuye al incumplimiento o mala ejecución de la prestación a la que alguien estaba obligado en razón del contrato y ese incumplimiento o mala ejecución estaban directamente encaminados a satisfacer un interés extrapatrimonial del acreedor, el daño será también directamente extrapatrimonial.

Es lo que sucede, por ejemplo, con los daños derivados de la actividad médica o «mala *praxis*», como la denominan ciertos autores. No hay duda de que dicho caso puede acarrear no sólo daños patrimoniales, sino también extrapatrimoniales. Si por negligencia o imprudencia el cirujano provoca lesiones al paciente, es cierto que podrá haber daño patrimonial emergente consistente en los gastos de curación y convalecencia de las lesiones, y lucro cesante por las ganancias que el paciente dejó de percibir durante esa convalecencia, pero también es verdad que

2940 Betti, Emilio. *Op. cit.*, tomo I, p. 56.

dichos daños patrimoniales son «indirectos», pues se padecieron en razón de un ataque ilegítimo (la «mala *praxis*») a la integridad personal —sea corporal, física o psíquica— que es, como tal, un interés no patrimonial del paciente[2941].

Por lo expuesto, más de un autor considera equivocados algunos fallos en los que se vincula el daño moral con el patrimonial y, ante la inexistencia de este último, se juzga paralelamente que no es resarcible aquél[2942].

De otro lado, conviene también abordar el punto referente a la extensión del daño moral resarcible en el incumplimiento contractual (en confrontación con las tesis resarcitoria y punitoria, que —como viéramos anteladamente— todavía hoy

2941 Al respecto, véase Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Abaco, 1979, pp. 46 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979, pp. 91 y ss.; y Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 270-273.

2942 Recuerda Zannoni el término «oblito» designa los olvidos de los cirujanos o asistentes en las intervenciones quirúrgicas de retirar instrumentos utilizados, compresas, gasas, etcétera). Obviamente, estaban en juego dos presupuestos de esa responsabilidad: la culpa del médico y la naturaleza del daño. En cuanto a lo primero se consideró que el «olvido» de la aguja de sutura era puramente accidental y no imputable a culpa o negligencia. En cuanto a lo segundo, si bien se estaba ante un oblito que, según lo hicieron saber los peritos médicos intervinientes, no traería trastornos orgánicos de ninguna índole y que no se justificaba una nueva operación para extraer la aguja del parénquima hepático, la paciente demandó en razón del daño moral experimentado por los temores fundados sobre su salud y por el estado de alteración nerviosa que experimentó y la angustia permanente de saber que la presencia de un cuerpo extraño en el hígado podía, eventualmente, causarle daños mayores.
El tribunal consideró que, si bien pudo existir en la demandante una preocupación a nivel emocional, ella debía desaparecer al conocer mediante los exhaustivos dictámenes de los peritos médicos, la inocuidad del oblito. Y por esta razón los jueces resolvieron que aun cuando coincidían en que las angustias y los temores eran coherentes y razonables al tiempo de demandar, no juzgaban que hubiera existido daño resarcible o que él subsistiera.
El tribunal concluyó en que el olvido no se debió a negligencia o impericia del cirujano y que el oblito debía ser calificado como un simple accidente quirúrgico (caso fortuito). Es decir, la acción indemnizatoria fue desestimada, pero no por la inexistencia de daño, sino por la falta de culpa.
Sin embargo, Zannoni anota que el tribunal no advirtió, en este punto, que el interés de la paciente a través de la cirugía de hígado (colecistectomía en el caso concreto), era el restablecimiento de la salud del órgano *lato sensu*, y que el mentado oblito, aun cuando fuera inocuo, pues no produciría daños futuros orgánicos, había provocado un indudable sufrimiento, angustia o mortificación psíquica y que éstos eran consecuencia de la lesión a un interés jurídicamente protegido: la integridad corporal.
Compartimos esta apreciación, ya que no podemos imaginar a persona alguna obligada a tolerar el hecho de llevar de por vida una aguja de sutura en el hígado debido a un «olvido quirúrgico». Pues, como se anota, el agravio consiste precisamente en que dicha persona sabrá que —muy eventualmente, si se quiere— portando un cuerpo extraño en un órgano visceral, puede sufrir un desmedro en su salud (o incluso en su vida). Quizás no importe que «médicamente» ese riesgo no exista; pero lo que sí importa es que el paciente sienta menoscabada su integridad corporal.
Dentro de ese contexto, Zannoni pone énfasis que en esta materia hay, por la propia índole de la cuestión, un margen muy grande de apreciación judicial, que no puede desconocerse; no se trata solamente de verificar si hay daño o no, puesto que tal comprobación, tratándose del daño moral, no es nada simple; se trata, además, de apreciar su magnitud, entidad o cuantía, para evitar hacer lugar a reclamos insignificantes o caprichosos. Y para ello no basta con una norma imperativa abstracta y genérica, pues es preciso conocer todas las circunstancias del caso (de la propia víctima y también del victimario) (Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, pp. 272 y ss.).

se debaten). Para ello, partiremos de la distinción entre el daño moral inmediato y el daño moral mediato resarcible[2943].

La distinción se centra en determinar si el daño moral es consecuencia inmediata, directa y necesaria del incumplimiento de la obligación o si su producción resulta de la conexión del incumplimiento (o ineficacia sobreviniente imputable) de la obligación por un acontecimiento distinto que no pudo preverse.

Dentro de ese orden de ideas, la cuestión está en dilucidar si sólo es indemnizable el daño moral que sea consecuencia inmediata del incumplimiento contractual o si también lo es el daño moral mediato[2944].

Hemos señalado en líneas precedentes que dicha cuestión será resuelta en confrontación con las tesis resarcitoria y punitoria.

A decir de Zannoni, para la tesis punitoria la procedencia o reparación del daño moral es admitida a criterio del juez, quien puede o no sancionar dicha reparación, teniendo en consideración no sólo el daño (moral) ocasionado, o sea, la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad, sino, además, las circunstancias del caso.

Como la tesis punitoria parte de esos presupuestos, para ella cualquier daño moral no es indemnizable, sino sólo aquél que derive de un incumplimiento a propósito, de una violación de la voluntad contractual verificada intencionalmente con la mira puesta en provocar «malignamente» ese resultado. Si, por el contrario, la afección moral fuese una consecuencia indirecta del mero incumplimiento, entonces su posible satisfacción escapa a las reglas de ser una «consecuencia inmediata y necesaria», porque no se reconocería en ella una «inejecución maliciosa»[2945].

Adviértase que la tesis punitoria restringe, pues, el ámbito donde el daño moral es resarcible. Sólo resultan resarcibles, para dicha tesis, los daños morales que deriven de la inejecución dolosa y que sean —por ende— consecuencia inmediata de dicha inejecución. Es decir, sólo son resarcibles los daños morales inmediatos.

Sin embargo, la doctrina ha señalado que concebir un agravio moral que sólo aparezca como consecuencia inmediata de la inejecución (maliciosa) es una afirmación en realidad antojadiza.

A modo ilustrativo, exponemos dos ejemplos. El primero fue planteado por el profesor argentino Mayo, quien es citado por Zannoni: «Los novios contratan

2943 Teniendo en cuenta el tipo de relación que exista entre el daño y el acto u omisión que lo ha provocado (si se trata de una relación inmediata o directa), aquél se clasifica en daño directo (inmediato) y daño indirecto (o mediato), clasificación que suele relacionarse con la distinción entre daño intrínseco y extrínseco que atiende a que el daño se produzca sobre la prestación misma o sobre otros bienes no comprendidos en ella (véase al respecto, *Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit.*, tomo v, pp. 603 y 605).

2944 Zannoni, Eduardo A. *Op. cit.*, p. 277.

2945 *Ibidem*, pp. 277 y 278.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el servicio para el banquete de la fiesta de bodas. Llegado el momento, la empresa que debía prestarlo no lo realiza, con lo que los recién casados deben soportar ante todos sus invitados la humillación de cancelar el banquete. He aquí un daño moral que es consecuencia necesaria e inmediata del incumplimiento. Pero supóngase que, además de la humillación, la esposa, como consecuencia, enferma gravemente y cae en una depresión aguda que la menoscaba frente a la sociedad en que se actúa. He ahí un daño moral que es consecuencia mediata del incumplimiento, pues se vincula con un hecho distinto a él: la enfermedad nerviosa que provoca la depresión aguda y el agravio consiguiente. Este último no será indemnizable si el incumplimiento fue culposo, pero si se probase que fue doloso, malicioso, también integraría el rubro de daños resarcibles».

El segundo ejemplo, cuya autoría nos pertenece, expone lo siguiente: una anciana de más de ochenta años de edad, cuenta como único recuerdo gráfico de su madre (a la que nunca conoció, pues falleció cuando la alumbró), una vieja fotografía en blanco y negro, dentro de un desaliñado marco de madera picado, que mantiene con profundo cariño encima de su modesta mesa de noche. Con la finalidad de cambiar el marco por uno nuevo, acude a una vidriería para que le elaboren otro del mismo modelo, para lo cual deja su preciado recuerdo que le servirá de muestra al contratista. La anciana abona el cincuenta por ciento del precio y se conviene el día siguiente como plazo de entrega. Pero esa noche empezó a trabajar en la vidriería un nuevo encargado de la limpieza, quien, mientras ejecutaba su labor, deja caer varias cosas que se encontraban encima de una de las mesas de trabajo. Entre ellas estaba no sólo la orden de pedido de la anciana de nuestro ejemplo, sino también su entrañable cuadro, al que le cayó cierta cantidad de barniz que terminó por deteriorar la ya gastada fotografía. El empleado de limpieza, por error, coloca todo en una bolsa de basura, en la noche la pone en la puerta del local, más tarde la recoge el camión de baja policía, la lleva a un relleno sanitario y antes de que amanezca, algunos animales destruyen el viejo cuadro y la deteriorada fotografía. Al día siguiente, cuando la anciana se entera del incidente que acarrea no sólo el incumplimiento de la obligación asumida, sino también el hecho de que ha perdido para siempre su fotografía, entra en un terrible *shock* que en los días sucesivos deviene en una enfermedad nerviosa, deprimiéndola atrozmente con notables signos de deterioro físico.

A la luz de la legislación argentina, los supuestos planteados en el extremo del daño moral mediato sólo serían indemnizables si se probase que el incumplimiento fue doloso; no, en cambio, si el incumplimiento fue culposo. Ello, porque sobre dicha materia existen en el *(ya derogado)*[2946] Código Civil argentino tres normas que se integran, a saber:

> Artículo 520.- En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación.

2946 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

> Artículo 521.- Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.
>
> Artículo 522.- En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

Si, por el contrario, aplicamos los supuestos planteados a la legislación nacional, la solución es distinta, pues en virtud de lo dispuesto por los artículos 1321, 1322 y 1332 del Código Civil peruano, podemos afirmar que no existe un régimen especial en torno al daño moral, ni se restringen sus consecuencias indemnizatorias, incluyendo tanto lo mediato como lo inmediato, dentro de la valoración equitativa que ejerce el juez para determinarla.

Al respecto, comentando el artículo 1322 del Código Civil peruano, Max Arias-Schreiber Pezet[2947] sostiene que, si bien es difícil mensurar el daño moral, ello tendrá que someterse en definitiva al criterio de conciencia del juzgador. Por otra parte, anota que, no obstante ser cierto que el dinero con el cual se pretende reparar este tipo de daño no lo compensa, pues no equivale al «dolor sufrido», sí tiene un contenido sancionador para quien lo causó y puede actuar como un factor disuasivo que evite su comisión. Finalmente, acota el citado autor peruano, no se trata de ponerle precio al dolor, lo que evidentemente es contrario a la moral, sino lo que se busca es sancionar a quien lo produjo y utilizarlo como un freno u obstáculo contra un posible infractor.

En suma, tal y como lo recuerda la doctrina, el perjuicio que experimenta un acreedor, no siempre es de naturaleza patrimonial. Aunque con menor frecuencia, el retardo o el incumplimiento pueden afectar otro género de facultades, todavía más preciosas, como aquéllas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos.

En ese sentido, las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento irrogado, sea que se trate de daños exclusivamente patrimoniales, o de daños morales que engendren o no perjuicios económicos.

Conforme anotáramos en líneas precedentes, es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, pero ello no es objeción para que no se reparen cuando se pruebe su existencia.

Así, en el campo contractual, al igual que en el extracontractual, es mejor buscar una reparación imperfecta —la entrega de una suma de dinero por concepto indemnizatorio—, a dejar, simplemente, sin protección alguna un derecho vulnerado. En ese sentido, cuando el daño moral existe, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia o naturaleza.

2947 Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y sombras del Código Civil. Op. cit.*, tomo III, pp. 62 y 63.

2.4. Valoración y prueba para la reparación del daño moral

Otra cuestión a la que se enfrentan la doctrina y las legislaciones, en torno al tema del daño moral, es la concerniente a la medida y valoración práctica de tal daño.

La discusión se centra en dos aspectos fundamentales: su convertibilidad en dinero, a fines de su reparación, y si al determinarse la cuantía de tal reparación estaremos ante un resarcimiento real o simbólico, para lo cual deben fijarse ciertos criterios.

Afirma la doctrina que de nada vale sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al momento de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente. «Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar»[2948].

Si bien existen distintos criterios para determinar la cuantía de la reparación del daño moral, que fútilmente varían entre las legislaciones, los autores coinciden, sin embargo, en que dicha reparación debe guardar relación adecuada, en punto a su valor o importe, con la intensidad del «dolor» padecido.

Al respecto, José A. Martín de Mundo[2949] señala que el cálculo de lo moral en el amplio cuadro de la reparación integral es sólo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren.

Autores como Mosset Iturraspe[2950] y Ravazzoni[2951], indican que, en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. El o los criterios objetivos parten, en sede de daño moral, del «hombre medio», del «interés tipo», del «sufrimiento normal». El o los criterios subjetivos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su «dolor», a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias.

Por lo demás, conviene abordar los principales criterios que adoptan los autores, a fin de evaluar el daño y fijar la cuantía del resarcimiento. Dichos principales criterios son los que se mencionan seguidamente.

2948 Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 189.

2949 De Mundo, José A. Martín. «El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia». En *La Ley 62*, Argentina, 1951, p. 163.

2950 Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo I, p. 282.

2951 Ravazzoni, Alberto. *La reparación del daño no patrimonial.* Milano: s/e, 1962, p. 92.

2.4.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial

A decir de Ravazzoni, este criterio valorativo parte de justificar una cierta simetría entre el daño patrimonial y el daño moral en orden a su reparación.

Si bien este discernimiento tuvo varios voceros en Italia, España, Francia y Argentina, ya ha sido rechazado por la doctrina.

Dicha objeción a la proporcionalidad entre el daño patrimonial y el daño moral, parte de considerar la autonomía de éste y, además, conforme lo indicamos, no todo daño moral es necesariamente consecuencia de un perjuicio patrimonial.

Partir de esa «vinculación» no resulta razonable, ya que algunas veces los daños materiales pueden resultar exorbitantes y efectivamente no guardar relación con el daño moral producido; o, en cambio, pueden presentarse situaciones en las que el daño moral sea el principal o el único originado.

En razón a esa independencia o autonomía del daño moral, éste no tiene por qué tener necesaria vinculación con el daño material (en lo que respecta a su cuantía), pues no son complementarios ni accesorios.

De ahí que la jurisprudencia extranjera haya resuelto en el sentido de que el daño moral tiene condición autónoma y vigencia propia que se asienta en aspectos presentes y futuros, propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos de toda índole que el mal acarrea, las afecciones destruidas, etc.

El daño moral, se agrega, tiene configuración independiente de los detrimentos patrimoniales y de subsistencia y no requiere la prueba de los efectos producidos por el ataque, pues surgen del hecho mismo, *re ipsa loquitur.*

2.4.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta

Esta calificación, a decir de los autores, parte de la consideración de que, dentro de las circunstancias del caso, necesarias para un juicio equitativo, se encuentra la culpa del causante.

Así, Renato Scognamiglio[2952] anota que en particular la violación de la personalidad humana y la aneja al sentimiento de justicia será tanto más grave cuanto mayor sea la culpa con que se cometa.

Conforme recalca la doctrina, la gravedad de la falta (que, por ejemplo, en materia de lesiones no significa la gravedad de la lesión causada, sino del hecho productor, por ser un hecho querido o sólo producto del descuido o del abandono), debe tenerse en cuenta siempre. Integra las circunstancias del caso, que la equidad impone considerar, según sostiene Mosset Iturraspe[2953].

2952 Scognamiglio, Renato. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 89.

2953 Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 196.

Pero de ninguna manera, se dice, dicho carácter puede ser la razón de ser de la aceptación o el rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni por ende el factor determinante de la cuantía.

La cuantía, pues, debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente; pues, según viéramos, la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no sólo el ser «punitorio», sino también un propósito de «resarcimiento o compensación» para la víctima.

Como se puede apreciar, este criterio es fundamentalmente sancionatorio. No debe medirse la gravedad de la falta sino del daño y la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad en inejecución de obligaciones.

2.4.3. Criterio subjetivo para determinar la cuantía del daño moral

Se señala que la aceptación del daño moral y de su reparación, tiene mucho que ver con la «conciencia social media» de un pueblo. En ese sentido, se anota que el daño moral se infiere de situaciones determinadas que, para el hombre medio —en una comunidad y en un tiempo—, son productoras o causantes de sufrimiento.

Este criterio subjetivo de evaluación ha sido considerado en numerosas sentencias extranjeras bajo la denominación de «circunstancias personales», que son muy variadas y ricas, alcanzando tanto a la víctima como al victimario; aunque algunos autores sostienen que debe, sin embargo, privilegiarse las «circunstancias de la víctima», en la medida en que el resarcimiento «mira a la víctima», tiende a darle a ella una «cierta compensación», el dolor es el suyo y la indemnización presta oídos a ese dolor[2954].

Las «circunstancias personales» a las que se refieren algunas sentencias, y de las que habla la doctrina, son muy variadas. Así, los autores se refieren a las circunstancias económicas (como las relativas al estado económico o patrimonial), familiares (estado civil, número de hijos, edad, ocupación, etcétera) y también espirituales, que dicen de la sensibilidad de cada persona, de la influencia de los hechos exteriores sobre sus estados de ánimo, de su carácter receptivo o no, etcétera.

Asimismo, se suele distinguir dentro de las circunstancias personales de la víctima, ciertos aspectos que —según se dice— tienen una mayor exterioridad, tales como: la entidad de las lesiones causantes de los padecimientos físicos, su duración y las secuelas, a las que se ha denominado «objetivos», para distinguirlos de otros de carácter «subjetivo» (la modificación disvaliosa del espíritu) que, por lo normal, guarda relación con las incidencias objetivas.

2954 *Ibidem*, p. 197.

2.4.4. El criterio de los «placeres compensatorios»

Cuando la doctrina[2955] se refiere a los «placeres compensatorios», pretende explicar que si se reclama indemnización por daño moral de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de poner una tarifa a los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyan al perdido.

En otras palabras, según Mosset Iturraspe, la suma que se obtiene por indemnización, debe ser adecuada para lograr nuevamente los «goces perdidos». Ello significa que dicho resarcimiento debe cubrir suficientemente las necesidades primarias o sentidas como urgentes y no que apunte a otorgar placeres superfluos o suntuarios.

2.4.5. El criterio de la prudencia judicial

Creemos, al igual que un sector dominante de la doctrina[2956], que la determinación del resarcimiento por daño moral no tiene que partir de la libertad del juez, ya sea aludiendo al «libre arbitrio» o a la «facultad soberana», pues dicha calificación no resultaría sensata.

Se dice que si lo que debe presidir a la responsabilidad —tanto en la esfera contractual como en la extracontractual— es la equidad y la apreciación soberana del juez —en virtud de la norma que sanciona que éste podrá o no establecer la condena a reparar—, ello no significa arbitrariedad ni discrecionalidad.

En ese sentido, se recalca que la decisión judicial en la determinación de la indemnización debe estar fundada en las circunstancias personales de la víctima y victimario, en las circunstancias del caso y en la índole del hecho generador de las consecuencias dañosas.

2.4.6. Nuestra opinión

Sin duda, los criterios expuestos por la doctrina para la valuación del daño moral, resultan atractivos y meritorios para la consideración no sólo de los juzgadores, sino también de todo hombre de Derecho. Conviene, sin embargo, manifestar nuestra reserva en torno a aquel criterio valorativo que parte de considerar la procedencia y la consiguiente cuantía del daño moral, en atención al daño patrimonial, pues conforme lo expresamos, ambas son instituciones autónomas y el resarcimiento del daño moral resulta viable, independientemente del daño patrimonial.

Por lo demás, la reparación en sí no debe hacerse en abstracto, sino concretamente, tomando en cuenta, en cada caso en particular, la gravedad del hecho antijurídico cometido, los factores subjetivos (u objetivos, según la legislación)

2955 *Ibidem*, p. 200.
2956 *Idem*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de atribución de responsabilidad y la situación patrimonial del agente. Todo ello demarca los alcances de la relación conmutativa y sinalagmática entre el ofensor y la víctima.

De ahí que Eduardo Zannoni[2957] sostenga que la fórmula precisa es la siguiente: lo indemnizado es el daño y la determinación del *quantum* tiene que guardar razonable proporción con la entidad del agravio. Asimismo, señala que la relación entre el autor del daño y la víctima es lo que sintetiza la función jurídica del resarcimiento de justicia.

En suma, siguiendo las apreciaciones del citado profesor, cada juez, en cada caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etcétera, condena a la reparación equitativamente —lo que no significa arbitrariamente, o en ausencia de normas jurídicas, o sobre la base de sus puros sentimientos, como erróneamente se cree—, es decir, procurando que la «condena» realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al «prudente arbitrio judicial» que se reclama en la aplicación de las normas generales.

La Casación n.° 4393-2013-La Libertad, de fecha 19 de junio de 2014, ha señalado que el daño moral es subjetivo, de difícil percepción y cuantificación, pero esto no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, «*Quinto*. El propio Fernández Sessarego se encargó desde un inicio de precisar que el "daño moral" es la especie del género mayor denominado "daño a la persona". Ello importa que el "daño moral" no significa una lesión física o psicológica a los múltiples aspectos de la personalidad, ni mucho menos atentado contra el proyecto de vida, porque esas categorías corresponden de manera específica al "daño a la persona", y queda reducido "al dolor o sufrimiento experimentado por la persona". Es, por lo tanto, "un daño psíquico que no es de naturaleza patológica y, sólo como está dicho, afecta el sentimiento, la esfera afectiva de la persona". *Sexto*. Por consiguiente, esta aflicción o sufrimiento es de orden transitorio y no surge de afección patológica, sino de un acto dañino sufrido en la vida en relación. Es, además, un daño totalmente subjetivo, impreciso, inasible, no posible de medir y, por lo tanto, de difícil percepción y de aún más difícil cuantificación. Pero que esto sea así no significa que el referido daño sea deleznable, sino que su valoración deberá efectuarse por medios distintos a los ordinarios, dando singular importancia a sucedáneos probatorios y a las máximas de experiencia».[2958]

Otro de los temas relacionados con la valoración del daño moral es el referente a la prueba que, según señalan los autores[2959], forma parte del «Derecho

2957 Zannoni, Eduardo. *Op. cit.*, p. 289.

2958 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 987. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2959 Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 197.

Procesal de la Responsabilidad» y constituye uno de los puntos capitales, que se ha visto simplificado en buena medida por factores como las reacciones humanas, las deducciones, basándose en lo que es normal u ordinario, los estados de ánimo del hombre tipo o medio, etcétera.

Según refiere Mosset Iturraspe, aun así, existen varias tendencias en torno a la necesidad de probar el daño moral y aquellas otras que sostienen que no es necesaria dicha probanza, por entender que se desprende de los hechos.

Agrega que, por ejemplo, se afirma que, si la prueba se refiere a la existencia del daño moral, aquélla sí es exigida. Por el contrario, si se refiere a la cuantía, se estima innecesario demostrarla por quedar ello a la apreciación del juez.

Al respecto, Stiglitz[2960] expone que el daño moral debe ser, en principio, debidamente acreditado. Sin embargo, en casos excepcionales, y de manera especial en el ámbito extracontractual, es posible presumir su existencia, hasta tanto se pruebe lo contrario.

En lo que respecta a la prueba del daño moral contractual, el tratamiento es diferente. Coincide la doctrina[2961] en que aquí el daño moral no se presume, puesto que no hay sustento suficiente para ello.

En ese sentido, se sostiene que para la apreciación del daño moral de origen contractual se debe proceder con rigor estricto; y está a cargo de quien lo reclama aportar la prueba concreta de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de intranquilidad anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios.

En consideración a las apreciaciones doctrinarias expuestas, podemos inferir, como fundamento general, que puede afirmarse que el daño moral derivado de responsabilidad extracontractual requiere menor carga probatoria, en la medida en que, si se probase la afectación de los legítimos intereses morales de la víctima, será razonable presumir que corresponderá indemnizarlos. Naturalmente, la cuantía de la indemnización siempre será algo relativamente subjetivo que quedará a criterio de los tribunales de justicia.

Para finalizar, debemos decir que las consideraciones expresadas evidentemente no agotan el tema de la prueba de los daños y perjuicios; sólo constituyen unas pinceladas en donde hemos tratado de ser lo más objetivos en cuanto al desarrollo del tema en el régimen legal peruano; y en donde también podemos apreciar que el Código Civil, en sede de Derecho de Obligaciones, contiene un régimen sumamente adecuado en lo que respecta a las pautas y criterios que se deben seguir a efectos de la prueba de la existencia del daño y de su cuantía.

2960 Citado en Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños. Op. cit.*, tomo IV, p. 209.
2961 *Ibidem*, p. 212.

2.5. El daño moral a la persona jurídica

Antes de abordar este tema, consideramos conveniente recordar algunos conceptos desarrollados por la doctrina en torno al daño moral.

Dentro de este orden de ideas, hay un criterio estricto de daño moral que se asienta en la vieja idea de *pretium doloris* y que se ha definido como dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado o —según la expresión de Scognamiglio— «dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto».

Al lado de estos daños morales —daños morales en sentido estricto— otros autores han defendido una extensión del área de los daños resarcibles, considerando que las lesiones a bienes de la personalidad (por ejemplo, la integridad física, el honor y el buen nombre, la libertad, etcétera) producen —por sí solas— un daño, con independencia de que hayan producido repercusiones desfavorables o de que hayan determinado perturbaciones de ánimo.

Entre los civilistas franceses se observa una clara línea en este sentido. Así, por ejemplo, Mazeaud y Tunc[2962] expresan que, teniendo en cuenta la naturaleza del daño, hay que distinguir dentro de los daños morales dos categorías que se contraponen claramente: de un lado, los que afectan a la parte social del patrimonio moral, y atacan al individuo en su honor, reputación y consideración; y de otro, los daños que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral y alcanzan al individuo en sus sentimientos y afectos, por ejemplo, el dolor producido por la muerte de una persona querida.

Ahora bien, luego de haber recordado estos conceptos respecto al daño moral, cabría formularnos las siguientes interrogantes, teniendo en cuenta las dos principales acepciones de daño moral —en sentido estricto y en sentido amplio—, ¿cómo sostener que las personas jurídicas o de existencia ideal puedan ser sujetos pasivos de agravio moral?; ¿estos entes ideales tienen derechos inmateriales, intereses extrapatrimoniales o bienes de tal tipo susceptibles de sufrir un menoscabo?

En torno a las preguntas planteadas, es preciso señalar que un sector de la doctrina niega que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos de daño moral. Estos autores sostienen que es imposible considerar que las personas jurídicas contengan en su ser aspectos espirituales propios del hombre, por lo que las consecuencias de los actos nunca les habrán de acarrear daños de ese tipo. Pues, si no hay base anímica, sensibilidad moral, sentido o percepción de los padecimientos físicos, sentimientos y afectos tampoco podrá ser posible sostener un daño inmaterial.

En esta línea argumentativa, consideramos conveniente recoger las palabras de Cipriano —autor citado por Santos Cifuentes[2963]—, quien manifiesta que el yo

2962 Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 425 y 426.

2963 Cifuentes, Santos. «El daño moral y la persona jurídica» En *Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Rocca, 1989, pp. 407 y 408.

sujeto es el que reflexiona, piensa, razona. El yo objeto es el otro sujeto pensado o razonado por el yo sujeto. El yo sujeto-objeto, soy yo mismo que me percibo y reflexiono sobre lo que soy. Esta trilogía de puntos de vista sobre el yo muestra una realidad que verdaderamente no hace posible, en principio, admitir que una persona ideal o jurídica sea un yo sujeto. Reflexionar, razonar, percibir, sentir, es propio del hombre persona: es propio de órganos físico-psíquicos. De ahí que el daño moral como detrimento al bien hombre-persona en su entraña extrapatrimonial, se acerca mucho más a la verdad.

En igual sentido se pronuncia Guido Alpa[2964], quien afirma que las personas jurídicas no son susceptibles de ser sujetos pasivos de un daño moral, por cuanto por su particular naturaleza no pueden encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos *pecunia doloris*: ello corresponde sólo a las personas naturales y, eventualmente, al concebido.

Por su parte, Scognamiglio[2965] afirma que la reparación por daños morales pertenece sólo a las personas físicas. Dicha solución se basa en la noción técnica y más segura de daño moral, como sensación aflictiva conexa con ciertos agravios. Desde el primer vistazo —sostiene el mencionado autor— se muestra imposible la concepción de un daño moral a la persona jurídica, que, careciendo de personalidad psicofísica, ciertamente no podrá sufrir dolor por cualquier ofensa a su reputación.

Agrega Scognamiglio que algunos autores —para superar el mencionado obstáculo— han sostenido que el dolor no es la única forma de daño moral, el que se identificaría también con algunas privaciones o impedimentos para la satisfacción de un interés, con la consiguiente traba del sujeto para alcanzar sus posibles fines. Dicha solución, refiere el citado profesor, propone una configuración del daño moral vaga y genérica en demasía, desconectada del daño moral como dolor, padecimiento espiritual, etcétera.

Como se puede apreciar, los tratadistas citados niegan la posibilidad de que la persona jurídica pueda sufrir un daño moral, fundamentando sus argumentos principalmente en la circunstancia de que dicho ente ideal no podría sufrir padecimientos emocionales, aflictivos o psíquicos de los que se valga para demandar una reparación por daño moral. Sin embargo, en nuestra opinión se está adoptando un concepto sumamente restringido de daño moral, que obviamente descartará de plano la existencia de perjuicio moral en las personas jurídicas, ya que éstas (que no tienen sentimientos en razón a su estructura colectiva) no podrían invocar el carácter de víctima de los actos ilícitos susceptibles de producir tales consecuencias.

2964 Alpa, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Ara Editores, 2001, p. 596.

2965 Scognamiglio, Renato. *Op. cit.*, p. 82.

Por su parte, Stiglitz y Echevesti[2966], sin abandonar la posición desarrollada, fundan sus argumentos en criterios —a nuestro entender— más sólidos, pues ya no hablan de la afectación a los sentimientos y emociones, sino introducen el tema de si las personas jurídicas son efectivamente o no titulares de derechos extrapatrimoniales. Los profesores mencionados postulan que la problemática concerniente a la existencia de daño moral en la persona jurídica surge de otorgar a esta última la titularidad de ciertos derechos extrapatrimoniales (honor, nombre, libertad de acción, intimidad, etcétera), encubriendo dicho razonamiento una apreciación superficial de la realidad. Ello, porque la tutela del nombre, el honor, la intimidad, etcétera, en las personas de existencia visible significa el reconocimiento de la ley a verdaderos derechos extrapatrimoniales, derechos que se confunden con la existencia de la persona misma, y que —en modo alguno— tienen que ver con objetos o actividades.

Añaden los profesores citados que cuando se tutela el nombre, el honor, la libertad de acción, la intimidad y otros derechos similares de las personas jurídicas no se les está reconociendo un derecho de naturaleza extrapatrimonial, sino un derecho de neto corte patrimonial. Indican que ello es tan así que —por ejemplo— el nombre de una persona jurídica puede ser objeto de cesión o enajenación en el fondo de comercio; la reputación o el prestigio pueden ser objeto de una transacción comercial, son susceptibles de una valoración económica e integran el concepto de valor «llave»; la libertad de acción no es sino la libertad de negociar; y la intimidad, no es otra cosa que el secreto comercial. Esos mismos derechos para las personas físicas, en cambio, son inenajenables, insensibles, inmutables, etcétera, poseen los caracteres de lo extrapatrimonial.

Adicionalmente, Stiglitz y Echevesti señalan que lo anteriormente expresado no se modifica aun en el caso de personas jurídicas sin fines de lucro creadas con un objeto altruista o desinteresado. Éstas —precisan— son tan entes irreales, carentes de vida corporal-consciente, como las con fines de lucro, y de las cuales no puede predicarse esos derechos que son los más importantes y que tienen su origen en la existencia del individuo mismo, como la libertad, el honor, etcétera. Opinan que sostener que éstas pueden reclamar el perjuicio moral y las otras no, sería como reconocer la existencia real de las hadas buenas y negársela al fantasma, siendo que ambas son existencias ideales y de ellas nada humano puede predicarse.

A modo de conclusión, los autores citados expresan que a pesar de que en la práctica las personas pueden actuar de distintas maneras, con ello no mudan su naturaleza. Así, una persona de existencia visible puede —y de hecho ocurre— emplear su nombre y su prestigio comercialmente, con fines de lucro; y otra de existencia ideal —como una sociedad comercial—, contribuir desinteresadamente a la sociedad efectuando aportes, donativos, coadyuvar junto al Estado al

2966 Stiglitz, Gabriel y Carlos Echevesti. *Responsabilidad civil*. Director Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Hammurabi, 1992, pp. 255 y 256.

logro del bienestar general, etcétera. Sin embargo —finalizan—, el tratamiento que en lo específico reciban del derecho no puede ser otro que el conforme a sus modos de ser.

Ahora bien, como lo hemos podido identificar, la postura doctrinaria estudiada niega la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos extrapatrimoniales, los cuales sólo pueden ser inherentes a la naturaleza de las personas físicas. Sin embargo, éste no parece ser un argumento que se ajusta a la verdad, ya que en la práctica la persona jurídica también podrá ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros; y, en efecto, se podrán lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se formulan juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia, encontrándose facultada para solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

En virtud de lo expuesto, somos de la opinión que, adoptando un concepto de daño moral en sentido estricto, la posibilidad de que la persona jurídica sea resarcida frente al padecimiento de un perjuicio moral sería inexistente. En cambio, si entendemos el daño moral en un sentido más amplio —como bien afirma Brebbia—, abarcando toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona, definitivamente no dejaremos desprotegidos los derechos extrapatrimoniales que podrían ser vulnerados, cuyo titular es un ente de existencia ideal, sujeto de derechos y obligaciones. En otras palabras, es innegable sostener que la persona jurídica, en tanto persona, tiene la capacidad (o aptitud) para ser titular de derechos (y estados o situaciones) y para responder por los hechos ilícitos.

En este sentido, como sostiene Brebbia, el conjunto de facultades y deberes que tienen estos sujetos de derecho toma el nombre de personalidad, que viene a ser de esta manera el ropaje jurídico con el cual el orden normativo inviste a los entes que llama personas. La personalidad puede ser representada como una esfera circundante de los sujetos, que marca la órbita propia de actuación de cada ente y que goza de la protección que le acuerda la norma jurídica.

Dichos derechos subjetivos se diferencian en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, siendo el conjunto de estos últimos lo que se conoce como patrimonio moral de los sujetos, que se distingue del patrimonio económico o patrimonio propiamente dicho, integrado exclusivamente por bienes de valor pecuniario.

Dentro de tal orden de ideas, Brebbia[2967] señala que los derechos extrapatrimoniales o morales son aquéllos que tienen por objeto la protección de bienes o

2967 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». En *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto Morello*. La Plata: Librería Editora Platense, 1981, pp. 55 y 56.

presupuestos personales que componen lo que la persona es. Tales derechos son los llamados derechos de la personalidad, inherentes a la personalidad o personalísimos, caracterizados por no ser apreciables en dinero, absolutos, incesibles e inalienables, y susceptibles de adquirirse o perderse con independencia de la voluntad específica de sus titulares.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos concluir en que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser, en consecuencia, sujeto pasivo de daños morales. Lo que significa que las personas jurídicas o de existencia ideal pueden sufrir esa especie de agravios en cuanto tienen derechos extrapatrimoniales, pacíficamente admitidos por un sector mayoritario de la doctrina y jurisprudencia.

En este sentido, actualmente existe una posición muy apreciable entre los juristas en afirmar que las personas jurídicas pueden constituirse en sujetos pasivos de agravio moral cuando los derechos extrapatrimoniales de los que son titulares son conculcados.

En esta línea de pensamiento, Mazeaud y Tunc[2968] no encuentran inconveniente para considerar sujeto pasivo de daño moral a una persona jurídica, la que al igual que una persona física posee un patrimonio extrapecuniario que puede ser lesionado, ya que si bien una persona moral no tiene corazón, posee un honor y una consideración. Si éstos reciben un ultraje, la agrupación sufre un perjuicio moral.

Compartiendo el mismo criterio argumentativo, Brebbia[2969] manifiesta que las personas de existencia ideal sí son susceptibles de sufrir un agravio moral, siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido contra los bienes o presupuestos personales que éstas pueden poseer, de acuerdo con la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de substrato a su personalidad. Así, por ejemplo —sostiene— poseyendo los sujetos de existencia ideal, entre sus atributos de orden personal, un nombre y una consideración, debe concluirse necesariamente en que el hecho que vulnere los derechos que tutelan dichos bienes engendrará un verdadero daño moral y el consecuente derecho a obtener una reparación a favor de la persona jurídica afectada.

A nivel nacional, autores como Espinoza y Rebaza[2970] también admiten la titularidad de derechos no patrimoniales por parte de la persona jurídica, invocando el correspondiente resarcimiento frente a la vulneración de los mismos.

2968 Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, André. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 481.

2969 Brebbia, Roberto H. *El daño moral.* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, p. 217.

2970 Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil.* Lima: Rodhas, 2011, p. 171; Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Editora Normas Legales, año LII, n.° 36, julio 2002, p. 113.

2.5.1. El daño moral en relación a los diversos derechos extrapatrimoniales de las personas de existencia ideal

Luego de lo expuesto, consideramos necesario analizar los principales derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas que la doctrina les ha reconocido.

Llambías[2971] menciona como tales a los siguientes:

Atributos inherentes a la personalidad, con excepción del estado, que es peculiar de las personas visibles y consiguientemente ejercen los derechos subjetivos que tienen por objeto esos mismos atributos, como es el caso del derecho al nombre, etcétera.

Asimismo —indica— tienen entre los derechos de la personalidad, el derecho al honor o buena fama que conviene igualmente a la naturaleza de las personas visibles o de existencia ideal, pudiéndose vulnerar dicho derecho, cometiéndose delitos de calumnias e injurias.

Según Llambías, goza de los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y de libertad de enseñanza, porque esas garantías de la libertad individual —para ser efectivas— deben extenderse a los núcleos asociativos que fundaren los individuos humanos.

Finalmente, a decir de Llambías, las asociaciones y fundaciones gozan de derechos disciplinarios respecto de terceros y en conformidad con sus estatutos.

Brebbia[2972], por su parte, hace un interesante análisis respecto a cada uno de los principales derechos extrapatrimoniales de las personas de existencia ideal. Así, desarrolla los siguientes derechos: al honor, al nombre, a la privacidad, a la libertad de acción, el derecho moral del autor sobre la obra que le pertenece, el derecho a la seguridad personal y la protección de los valores de afección.

Consideramos muy útil recoger las ideas más relevantes del estudio efectuado por Brebbia, con relación a los derechos anteriormente señalados que integrarían la personalidad jurídica, cuya vulneración sería susceptible de originar daños morales, pasibles de ser indemnizados. Cabe indicar que dicho desarrollo será complementado con la opinión de diversos tratadistas consultados en torno a la materia.

2.5.1.1. Derecho al honor, consideración o fama

Las personas jurídicas tienen derecho, en principio, a que se las estime dignas de respeto y consideración; a que no se las afecte en su fama o reputación, en un mismo grado que a las personas individuales. En otros términos, las personas colectivas

2971 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones Op. cit.,* tomo I, pp. 64 y 65.
2972 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 62-68.

tienen honor y los terceros están obligados a respetar este atributo, como uno de los más importantes de la esfera moral de los sujetos[2973].

Como bien lo señalara Santos Cifuentes[2974], no es lo mismo una entidad desquiciada en su actuación societaria, que un pundonoroso ente bien dirigido y apuntalado por sus órganos, con estima personal reconocida, puntualidad en el cumplimiento, ponderación por seriedad, actuación ética, etcétera.

Se dice que más que hablar de honor, debemos hablar de la fama de las personas jurídicas, tomando el aspecto objetivo del honor y no el subjetivo (propiamente honor, autoestima propia de cada hombre), es decir, la honra o imagen, entendida como reputación, línea de comportamiento o prestigio en el mercado, construido en atención a los merecimientos del propio desempeño de la persona jurídica.

La doctrina, finalmente, indica que, como resultado de la afectación del derecho de la fama y consideración de una empresa, por efecto de errónea y calumniosa información soltada al mercado por su competidora, se producirá un daño real y comprobable que atacará su buen nombre y que traerá como consecuencias colaterales la pérdida de clientela o el deterioro de sus créditos bancarios, repercutiendo en la posibilidad de presentes y futuras ganancias.

Coincidimos plenamente con este parecer.

2.5.1.2.Derecho al nombre y a la identidad

Como acertadamente anota Brebbia[2975], el nombre o denominación mediante el cual se distinguen las personas jurídicas goza de la misma protección que el de las personas individuales. Toda persona es una realidad totalmente determinada y diferenciada de otra, y el nombre constituye una de las maneras que los sujetos de derecho tienen para diferenciarse de otros.

Los derechos bajo estudio comprenden la libertad de una empresa de valerse de su nombre para preservar su identidad personal y el derecho a ser protegida en su uso legítimo. Así, en la legislación comparada el derecho al nombre se cautela mediante la acción de reclamación del nombre, cuando una persona se encuentra impedida o se le desconoce el derecho a usarlo, o mediante la acción de contestación del nombre, destinada a impedir que otro sujeto use de manera indebida el nombre que corresponde a la persona jurídica.

En igual sentido se pronuncian Ripert y Boulanger[2976], quienes afirman que el nombre es atribuido a la persona por el acto creador. Además, esta atribución

2973 *Ibidem*, p. 62.

2974 Cifuentes, Santos. *Op. cit.*, p. 408.

2975 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, p. 64.

2976 Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1963, tomo I, pp. 338 y 339.

cumple con la exigencia de dar publicidad a la creación de una nueva persona jurídica para revelar su existencia a terceros. Esto implica que el nombre de las personas jurídicas debe estar protegido en la misma medida que el de las personas físicas, puesto que para las sociedades comerciales constituye un elemento del fondo de comercio.

En buena cuenta, se puede sostener que la usurpación indebida del nombre comercial de una empresa abiertamente manifiesta o encubierta, constituirá un ataque a su derecho a la identidad, que traerá como posible consecuencia la no percepción de las respectivas utilidades, debiendo ser la empresa indemnizada por dicha circunstancia.

2.5.1.3. Derecho a la privacidad

Este derecho protege el círculo interno de la vida de las personas. Aun cuando las personas jurídicas no tengan una esfera de privacidad tan amplia como las personas individuales, esto no impide que puedan desarrollar actividades de carácter reservado inherentes a su fuero interno, las cuales deben quedar exentas de intrusiones de terceros.

Dicho derecho a la privacidad se traduce principalmente en la facultad de mantener su domicilio libre de intrusiones, en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos de carácter confidencial o privado, en el derecho al secreto profesional, en el derecho a que no se divulgue información que es manejada dentro de la empresa con carácter de reservado y en el derecho a que las demás empresas no se entrometan en la vida privada de sus similares[2977].

En opinión de Matilde Ferreira[2978], puede afirmarse que las personas jurídicas deben ser tuteladas en su vida privada de modo que la correspondencia, las deliberaciones y decisiones adoptadas por los órganos directivos de la empresa, así como algunas relaciones con personas jurídicas o con seres humanos, queden protegidas. Todo ello —según manifiesta Antonio Pérez Luño[2979]—, a tenor de las técnicas de espionaje industrial que podrían afectar gravemente el prestigio de las empresas, razón por la cual resultaría insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto.

2977 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 66 y 67.

2978 Ferreira Rubio, Matilde. *Personas jurídicas. Selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69.

2979 Pérez Luño, Antonio. *Personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69.

2.5.1.4. Derecho a la libertad de acción

La doctrina estima que la persona jurídica tiene derecho a desarrollar las actividades que el ordenamiento legal le permite, ya sea en forma expresa, ya tácitamente, al no prohibir en ninguno de sus preceptos la conducta en cuestión. En este sentido, las personas jurídicas pueden ver trabada esta libertad de acción, lo mismo que las personas físicas, y mediante una acción ilícita puede impedirse la actividad, industria o comercio que constituyen su fin estatutario.

Señala la doctrina que más allá de la reparación de los daños patrimoniales que pueden haber producido tales acciones contrarias a derecho, las personas jurídicas o de existencia ideal pueden reclamar también la indemnización del daño moral por la violación de este derecho a la libertad de acción, que integra la personalidad moral de toda clase de personas.

Un ejemplo de esta clase de interferencia en la libertad de acción de una persona jurídica es la intervención y posterior impedimento del desarrollo del objeto social de una empresa, obtenida mediante la invocación de hechos falsos por parte de su competidor[2980].

2.5.1.5. Derecho moral del autor sobre su obra

La persona jurídica puede ser titular de una obra científica (marcas, patentes, *know-how*, etcétera), literaria o artística, y la violación de dichos derechos de carácter extrapatrimonial importará el resarcimiento del daño moral sufrido por la entidad.

En este sentido, Roberto Brebbia[2981] considera que el derecho moral del autor consiste en que se le reconozca como creador de la obra, con las atribuciones de que ésta permanezca inédita, y de que se la pueda publicar bajo nombre propio o pseudónimo. Asimismo, se reconoce el derecho a continuar y terminar la obra y, finalmente, el derecho a que se mantenga su integridad, su título y a impedir la publicación o reproducción imperfecta de la misma.

2.5.1.6. Derecho a la seguridad personal

A decir de Brebbia, el concepto de seguridad personal no es privativo de las personas individuales, sino que comprende a toda clase de personas, pues constituye un presupuesto del derecho a la libertad de acción ínsito en toda persona.

Sobre la base de lo expuesto —dice— las personas jurídicas podrían ver amenazada su existencia como entes titulares de derechos y obligaciones, por ataques materiales a los bienes patrimoniales que constituyen uno de los presupuestos de

2980 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

2981 Brebbia, Roberto H. *El daño moral. Op. cit.*, pp. 257-260.

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARREYRA

su personalidad jurídica o por la impetración de medidas judiciales temerarias o maliciosas que tiendan a trabar o impedir el cumplimiento de los fines propuestos al constituirla, con el consiguiente peligro de extinción.

Señala Brebbia que la violación de este derecho acarreará un daño moral de manera directa, e indirectamente un daño patrimonial, susceptibles, ambos, de indemnización.

2.5.1.7. Derecho a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes

Brebbia[2982] concluye el desarrollo de los principales derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas con el estudio relativo a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes.

En principio, sostiene que el valor de afección, es decir, la especial relación afectiva que existe entre una persona y una cosa, se produce generalmente en el caso de las personas físicas. Por ello, en el caso de las personas jurídicas, éstas sólo poseerán tal derecho en supuestos excepcionales.

En este caso, la vinculación particular entre persona jurídica y cosa resulta de la finalidad de bien común que persigue el ente según sus estatutos.

Resulta conveniente traer a colación el relato que a título de ejemplo efectuara Rebaza[2983], señalando el agravio moral que se produciría al Museo de Louvre si la Gioconda o los papiros egipcios que celosamente custodia fuesen destruidos o gravemente deteriorados.

En este caso, si bien se refiere a bienes materiales, queda claro que estos objetos cuentan con un valor afectivo que supera toda consideración patrimonial. Esta entidad, además de la pérdida material sufrida, experimentará un daño moral cuya manifestación no requiere que la persona jurídica posea sentimientos o aspectos psicológicos.

En adición a lo expuesto, cabe señalar que autores como Scognamiglio[2984] explican, además de los derechos estudiados, un derecho extrapatrimonial importante: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual será estudiado a continuación.

2.5.1.8. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Como indica el mencionado autor, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra referido a las condiciones que debe crear el ordenamiento jurídico para que una empresa pueda desarrollar las actividades inherentes a su objeto social y alcanzar sus fines dentro de un ambiente de tranquilidad y con un Estado que propicie las condiciones óptimas para que estos objetivos se logren.

2982 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, p. 68.
2983 Rebaza González, Alfonso. *Op. cit.*, p. 85.
2984 Scognamiglio, Renato. *Op. cit.*, p. 82.

Aquí cabe resaltar el pensamiento de Rebaza[2985], quien advierte que este derecho no pretende proteger las ganancias expectaticias que hubiera podido percibir una empresa de no haberse verificado los eventos dañosos (lucro cesante), sino el prestigio, la fama, el derecho al crédito, entre otros, que habría obtenido de no haberse producido el agravio. Así, precisa, se podría citar el caso de una empresa textil a la que se le destruye la única máquina capaz de confeccionar los grabados que la distinguen en el mercado, justamente antes de la campaña de mayores ventas y en vísperas de celebrar un contrato internacional que le generaría cuantiosos beneficios. En este supuesto, deberá evaluarse no sólo el daño patrimonial infringido a la persona jurídica, sino también la frustración de su desarrollo en el mercado y de su viabilidad como empresa.

Hasta aquí el análisis de los principales derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas, cuya afectación originará la respectiva reparación por daño moral.

A continuación, estudiaremos el tratamiento del tema en la jurisprudencia y legislación peruanas.

2.5.2. Tratamiento del daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia y legislación nacional

A nivel jurisprudencial, podemos señalar que el criterio respecto a la posibilidad de solicitar indemnización por daño moral causado a las personas jurídicas ha ido evolucionando.

En este sentido, la Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Civil del día 18 de noviembre de 1997, integrada por Jorge Carrión Lugo, Héctor Lama More, Isabel Hasembank Armas, Víctor Raúl Mansilla Novella, Rolando Martel Chang y José Díaz Vallejos, respecto al tema referente a la prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual, asumió una concepción restringida de daño moral —en los términos expuestos al iniciar el estudio de esta materia— lo que la llevó a arribar, producto de un acuerdo unánime, a la siguiente conclusión:

> El daño moral está constituido por el sufrimiento, afectación, dolor, preocupación, quebranto espiritual, que sólo pueden ser sufridos por personas naturales. [....]
>
> Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas [....].

Sin embargo, posteriormente un fallo del Tribunal Constitucional[2986] acoge la posibilidad de que la persona de existencia ideal pueda ser sujeto pasivo de agravio moral y, por consiguiente, pueda exigir resarcimiento.

2985 Rebaza González, Alfonso. *Op. cit.*, p. 86.

2986 Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de septiembre de 2002 y expedida el 14 de agosto del mismo año, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Rey Terry, vicepresidente, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma.

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas, en una sentencia expedida por dicho Tribunal el 14 de agosto de 2002 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de septiembre del mismo año, se resolvió la procedencia de la acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la Empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias inexactas, pues afectan los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera.

El criterio del Tribunal Constitucional se basó en considerar que las personas jurídicas también podían ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias.

Tal titularidad de derechos por las personas jurídicas de Derecho Privado se desprendería —implícitamente— del artículo 2, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es —a su vez— una garantía constitucional, en la medida en que se promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada.

En ese sentido, entiende el tribunal que dado que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstas últimas se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría en la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación —entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles— y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, pueda ser susceptible de protección.

Sin embargo, no sólo de manera indirecta las personas jurídicas de Derecho Privado pueden titularizar diversos derechos fundamentales. También lo pueden hacer de manera directa. En dicho caso, tal titularidad no obedece al hecho de que actúen en sustitución de sus miembros, sino en cuanto a sí mismas y, naturalmente, en la medida en que les sean extensibles.

Por lo tanto, considera el tribunal que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3 de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asimismo, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional en esta sentencia también se manifestó en torno al derecho a la fama y buena reputación de las personas jurídicas —antes desarrollado— y expresó que:

> El fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento y la posibilidad de tutela jurisdiccional está directamente vinculado con el ser humano.
>
> Sin embargo, aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de Derecho Privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra «la imagen» que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de Derecho Privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

Por otra parte, a nivel constitucional, como acertadamente hacía referencia la citada sentencia, la Carta Política del Perú de 1979 disponía en su artículo 3 que los derechos fundamentales consagrados en su artículo 2, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto le fueran aplicables. Si bien dicho principio no ha sido recogido por la actual Constitución Política de 1993, de ello no se puede desprender que el ordenamiento jurídico peruano vigente haya optado por la desprotección de la persona jurídica, respecto de sus derechos extrapatrimoniales. Más bien, debemos entender que cuando el artículo 2 de la vigente Carta Política hace referencia a los derechos de la persona, toma este último término en un sentido amplio e incorpora a las personas jurídicas algunos de los derechos fundamentales mencionados por el acotado artículo. Ello, en la medida en que determinados derechos constitucionales son reconocidos a favor exclusivamente de las personas naturales, como son el derecho a la vida, integridad física y psíquica, etcétera.

Asimismo, se puede señalar que el Código Civil de 1984 también habilita la protección de los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas. Esto se desprende de una interpretación extensiva de los artículos 1322, 1984 y 1985 de dicho cuerpo normativo. En tal sentido, se debe tener en cuenta el criterio amplio de daño moral anteriormente desarrollado, pues sólo de esta manera se estaría protegiendo los derechos constitucionales consagrados en el artículo 2 de la Constitución, los que —como ha sido dicho— resultan aplicables a las personas jurídicas.

ESTUDIO IGNACIO CASTILLO FREYRE

2.6. Es importante precisar que esta interpretación extensiva atiende a la *ratio legis* de la norma, la cual se inspira en el deber general de no dañar a otro, así como en el derecho de una persona, sea natural o jurídica, a que se le indemnice por los daños infringidos

2.6.1. ¿Cuál es la forma más idónea de reparación del daño moral a las personas jurídicas?

Luego de haber revisado el tratamiento legal y jurisprudencial que se brinda en el Perú al tema en estudio, corresponde dar respuesta a la interrogante de cuál sería la vía más eficaz para restituir el perjuicio moral infringido a las personas jurídicas.

En este sentido, sin ánimo de ser repetitivos y de volver a exponer cada una de las posiciones tradicionales esbozadas en doctrina en torno a la reparación o no del daño moral, pensamos que el caso en cuestión demanda —más que disquisiciones intelectuales—, una respuesta concreta en pro de la obtención de un resarcimiento adecuado y satisfactorio del daño moral infringido a las personas jurídicas.

En la búsqueda de este propósito, se debe lograr que los tribunales de justicia que conozcan de la causa busquen por todos los medios la posibilidad de volver las cosas al estado anterior a la afectación de dicho derecho, mediante la ejecución de medidas tales como la publicación de sentencias, imposición de multas, cierre de establecimientos o rectificaciones, según se desprenda de las circunstancias. Y sólo en el caso en que dicha restitución no fuera factible, compeler al responsable al pago de una suma de dinero, monto que cumpliría una función compensatoria, dado que en la práctica no podrá verificarse la «satisfacción» del interés dañado, puesto que no será posible su determinación.

En este último caso, el menoscabo será indemnizado pecuniariamente sólo a solicitud del agraviado, debiendo el órgano jurisdiccional, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1332 del Código Civil peruano de 1984, aplicar su criterio jurisprudencial para precisar el monto resarcitorio.

Se desalentaría, de esta forma, la interposición de denuncias maliciosas, así como el eventual enriquecimiento indebido por parte del agraviado.

Sin perjuicio de lo expuesto, no deberían dejarse de lado las eventuales repercusiones patrimoniales que podría originar el daño moral infringido, las que deberán ser indemnizadas, pues en efecto constituyen daños patrimoniales indirectos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Incumplimiento de pago de cuotas periódicas

Artículo 1323.- Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1323

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; en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973; ni en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980.

El tema fue regulado por primera vez en el Perú por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1342: «Cuando la obligación deba pagarse en cuotas sucesivas, el incumplimiento en el pago de dos cuotas concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes»; seguido por el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, artículo 1290: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario».

2. Análisis

El artículo 181 del Código Civil, ubicado en el Libro de Acto Jurídico, establece diversos supuestos por los cuales el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo[2987].

2987 Así, la citada norma expresa lo siguiente:
Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:
1.- 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.- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.

Como resulta evidente, la estructura del Derecho de Obligaciones está orientada a lograr que los deudores cumplan con el pago de sus deudas. Todo el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos se encaminan —o al menos deberían encaminarse— a tal propósito.

Por ello, cuando nos encontramos ante obligaciones en que las partes han pactado plazos suspensivos para el cumplimiento de la prestación o de las diversas prestaciones asumidas, el acreedor no podrá exigir al deudor su cumplimiento en fecha anterior a la pactada.

Este principio no sólo resulta elemental dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos, sino que extiende su ámbito de aplicación a todas las áreas del Derecho y es uno de aquéllos que podríamos calificar como de vigencia universal, dentro y fuera de la tradición jurídica romano-germánica.

Pero la existencia de plazo o plazos implica, de por sí, que su vigencia es tutelada y respetada por el Derecho, en tanto y en cuanto los deudores asuman determinadas conductas.

Así, si se tratara de una prestación cuyo cumplimiento debe ser efectuado en un solo momento y el deudor incumpliese con pagar, es evidente que fuera del plazo pactado no podría invocar beneficio alguno a su favor, pues ya debió cumplir y no lo hizo.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que el Derecho «ya habría perdido confianza» en la conducta del deudor, quien luego de haber incumplido el único plazo que lo favorecía se verá expuesto a todas las acciones que su acreedor intente contra él para cobrar la deuda o resguardar sus derechos crediticios.

Ahora bien, si la obligación consistiera en pagos periódicos, el Derecho entenderá que el deudor debe cumplir dentro de los plazos establecidos en el contrato, de modo tal que deberá respetarse cada una de las fechas establecidas, no pudiendo el acreedor exigir el pago antes de su vencimiento.

Esto equivale a decir que el Derecho otorga una especie de «manto de confianza» en favor de la conducta del deudor que cumple oportuna y adecuadamente con sus obligaciones contractuales.

Pero esa protección con respecto al cumplimiento de las futuras prestaciones o pagos parciales de la prestación única se extenderá en tanto y en cuanto el deudor siga asumiendo una conducta de cumplimiento efectivo, o incurra en un incumplimiento que no sea lo suficientemente grave como para que el propio Derecho pierda confianza en la conducta futura del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3.- Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.
La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

Y aquí no estamos hablando de una confianza en sentido subjetivo, sino de un grado de confianza que la ley objetiviza a través del artículo 1323 del Código Civil, cuando establece que en la medida en que el deudor deje de pagar tres cuotas, sucesivas o no, dicho deudor perderá el beneficio del plazo de pago de las sucesivas cuotas, pudiendo su acreedor exigirle no sólo el pago de las tres o más que ya había incumplido, sino del íntegro de las cuotas cuyo cumplimiento futuro se encontraba pendiente.

Esta pérdida del plazo por mandato legal encuentra su explicación en que el ordenamiento jurídico no tiene por qué otorgar el «manto de confianza» al que hacíamos referencia, a alguien cuya conducta ha estado encaminada —precisamente— a la pérdida total de la confianza depositada.

Por otra parte, existen razones elementales de lógica que abonan en favor del precepto contenido en el artículo 1323 del Código Civil.

Ellas se basan en que si el deudor ya ha incurrido en un incumplimiento reiterado de las cuotas que debía pagar (tres o más), mal haría el Derecho en aguardar con impaciencia que tal deudor proceda a pagar las cuotas restantes en los plazos pactados.

Dicho en otras palabras, carecería de sentido aguardar el cumplimiento por parte de quien no suele cumplir con el pago de las prestaciones asumidas.

Cabe agregar que la jurisprudencia ha determinado que no es necesario que se indique que se han dado por vencidos los plazos de las armadas, como indica la Casación n.º 1100-2020-Lima, de fecha 2 de noviembre de 2020, «*Décimo.* [...] En efecto, la Sala Revisora dejó establecido que, en el presente caso, se advierte que si bien en la cláusula N° 19 del contrato de préstamo dinerario con garantía hipotecaria (Contipuente), se hace referencia a la resolución contractual, ello no enerva la facultad con la que cuenta el Banco ejecutante y que se encuentra prevista en el artículo 1323° del Código Civil. En ese sentido, el derecho de cobrar todo saldo impago, es una consecuencia legal que nace del mero incumplimiento de pagar tres o más cuotas; no siendo necesaria para su eficacia que se comunique al deudor que se dan por vencidos todos los plazos. Por lo que, aun cuando se haya comunicado notarialmente la intención de dar por vencidos los plazos, debe entenderse que con la presentación de la demanda y el posterior emplazamiento al obligado, el acreedor está comunicando y requiriendo al deudor para que pague toda la prestación, en este caso el pago del saldo establecido en la liquidación adjuntada a la demanda. Por tanto, las denuncias carecen de base cierta, porque el recurrente no demostró el supuesto incumplimiento contractual atribuido a la ejecutante, como tampoco enervó los fundamentos que sirvieron para la expedición del mandato de ejecución, pues, a pesar de estar debidamente notificado no formuló contradicción contra aquél, por lo que, subsisten tales argumentos».[2988]

2988 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

En esa misma línea, para la jurisprudencia tampoco resulta necesario que el acreedor especifique cuáles son las cuotas impagas, tal como lo expone la Casación n.º 1288-2014-Lima, de fecha 2 de julio de 2013, «7.- Que, la Sala Superior al absolver los agravios señalados por la apelante, "ha señalado en la resolución de vista, conforme se aprecia del considerando cuarto que: "La ejecutante adjuntó a la demanda el título en virtud del cual se lleva a cabo el presente proceso, el estado de cuenta del saldo deudor (de fojas veintisiete), así como la carta notarial que cursó a la ejecutada en virtud de la cual se dio por resuelto el contrato de arrendamiento financiero. En ese orden de ideas, se colige que la demandante cumplió con adjuntar los documentos necesarios que acreditan la obligación que demanda, en el presente proceso y que son exigidos por el artículo 720 del Código Procesal Civil para el proceso de Ejecución de Garantías, Por otro lado, cabe señalar que el monto de la deuda capital tiene sustento en virtud del estado del saldo deudor emitido con fecha diez de febrero de dos mil once, el cual no requiere especificar cuáles fueron las cuotas que fueron incumplidas por el ejecutado, las cuales generaron la resolución del acotado contrato. Debiéndose tenerse en cuenta además que conforme a lo pactado en la cláusula 7.7 del Contrato de Arrendamiento Financiero —de folios treinta y dos—, el incumplimiento del pago de una o más cuotas hacía incurrir en mora automática, dándose por vencidas todas las cuotas que estuvieran pendientes de pago, conforme además lo prescribe el artículo 1323 del Código Civil". 8.- Que, en este sentido la Sala no ha incurrido en violación al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales, al haber absuelto los agravios de apelación propuestos relativos al estado de cuenta de saldo como se tiene anotado, habiendo justificado las razones fácticas y jurídicas por las cuales consideraba que no era amparable lo sostenido por el ejecutado en este extremo».[2989]

El artículo 1323 del Código Civil peruano de 1984 constituye, sin duda alguna, un precepto de enorme utilidad en materia de Derecho de Obligaciones, habida cuenta de que permite de manera eficaz que los acreedores procedan a cobrar sus acreencias cuyo plazo aún no ha vencido, integrándose, así, como una sanción contra los deudores que no honran el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otra parte, resulta necesario recordar que para que se produzca el supuesto del artículo 1323 tiene que haberse constituido en mora al deudor con respecto al pago de las tres cuotas que hubiere incumplido, intimándolo para tal efecto, conforme a la regla general prevista en la primera parte del artículo 1333 del Código Civil.

Si no se hubiese constituido en mora al deudor, se deberá entender que el acreedor le ha concedido una prórroga tácita del plazo, de modo tal que a pesar de que el deudor se hubiese demorado en pagar tres o más cuotas, sucesivas o no, estaría retrasado, pero no en situación moratoria, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

2989 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Esto no regiría, naturalmente, si las partes hubiesen pactado la mora automática; o si se presentara alguna de las otras causales de mora automática previstas en el artículo 1333 del Código Civil; o si se tratara de obligaciones sujetas a la regulación del Código de Comercio, en donde la mora automática es la regla y la mora por intimación la excepción.

De otro lado, cabe señalar que, si bien el artículo 1323 del Código Civil tiene aplicación práctica en todo el Derecho de Obligaciones, el legislador de 1984 creyó conveniente establecer una norma muy similar dentro del título correspondiente al contrato de compraventa.

Se trata del artículo 1561, cuyo texto es el siguiente:

> Artículo 1561.- Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

El artículo 1561 plantea el supuesto de una compraventa con un precio que deba pagarse por armadas, en diversos plazos, pero menciona la posibilidad de que el comprador deje de pagar tres de ellas, sucesivas o no.

Esto equivale a decir que dicho precepto está referido única y exclusivamente a los contratos de compraventa en que se haya convenido un pago en más de dos cuotas, lo que significa que el precio deba pagarse en tres o más armadas.

Estimamos absolutamente necesario efectuar esta precisión, ya que con ello queremos evitar interpretaciones equivocadas respecto de los alcances de esta norma (el artículo 1561), así como de su correlato, el artículo 1562.

Queda claro, entonces, que el artículo 1561 sólo es aplicable a los contratos de compraventa a plazos en donde el precio deba ser pagado en tres o más cuotas.

De no existir el artículo 1561, ante el incumplimiento de una, dos o tres cuotas por parte del comprador, el vendedor podría exigir el pago de las cuotas ya vencidas (con el ánimo de preservar la relación contractual) o resolver el contrato, ya sea judicial o extrajudicialmente, de acuerdo a lo prescrito por los artículos 1428 y 1429 del Código Civil.

Lo que determina el artículo 1561 es única y exclusivamente otorgar un supuesto beneficio adicional al vendedor que se viese afectado por un eventual incumplimiento del comprador en el pago de tres cuotas del precio, sean éstas sucesivas o no: la opción entre resolver el contrato (camino para cuyo tránsito no se requería del artículo 1561) o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes (camino para cuyo tránsito tampoco se requería de este artículo, dada la existencia del artículo 1323 del propio Código).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inejecución de obligaciones dinerarias

Artículo 1324.- 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.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

1. Fuentes nacionales del artículo 1324

Dentro de la legislación colonial, debemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 3, Título VI, Partida Quinta: «*Se llaman en latín intereses los daños e los menoscabos que le vinieron a la parte por aquello que la otra no quiso cumplir*».

El artículo 1324 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El Código Civil de 1852 trataba el tema en su artículo 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»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en el artículo 3047: «Aunque el deudor no tenga culpa en la pérdida o la destrucción de la cosa debida, si estos accidentes se realizan después de haber aquél incurrido en mora, es responsable el acreedor según las reglas siguientes: 1.- Si el deudor prueba que la pérdida o destrucción habría acaecido, aun cuando la cosa hubiese estado en poder del acreedor, no responde del precio de ella, pero sí debe indemnizar los perjuicios causados con la demora; 2.- Si el deudor no produce la prueba indicada en la regla anterior o si, por el contrario, demuestra el acreedor que la cosa no se habría perdido, ni destruido en su poder, aquél está obligado a pagar el precio de la cosa y los perjuicios».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 abordaba la materia en el artículo 317: «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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tiempo que se demore su entrega; a no ser que se haya pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios»; en tanto 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, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en el artículo 191: «En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aun cuando no se debieran anteriormente y aun cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.— Al acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 179: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán intereses no previstos contractualmente, 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 superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.— Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el resarcimiento correspondiente».

Por último, debemos señalar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, trataba el tema en su artículo 1343: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengarán intereses oficiales, 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 superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.— Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el resarcimiento correspondiente»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1291: «Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de

FONDO EDITORIAL PUCP

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 superiores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios».

2. Análisis

Como recordará el lector, en esta obra ya hemos desarrollado extensamente el tema del pago de intereses.

En aquella oportunidad también hicimos referencia al funcionamiento armónico del artículo 1324 del Código Civil con relación a los intereses propiamente dichos.

A fin de no reiterar conceptos vertidos cuando analizamos los intereses, vamos a sintetizar la materia de la siguiente manera: el ámbito de aplicación del artículo 1324 del Código nacional se refiere única y exclusivamente a aquellas obligaciones de dar sumas de dinero, comprendiendo en ellas —más allá de la discusión teórica que pudiera generar su naturaleza— tanto a la moneda nacional como a las monedas extranjeras.

Como sabemos, las obligaciones de dar sumas de dinero no generan de por sí intereses compensatorios. Los intereses compensatorios se pactan o son establecidos por la ley.

En materia contractual, si una parte se hubiese obligado a entregar a otra una cantidad de dinero, mediando un plazo entre el nacimiento de la obligación y el momento en el que debe efectuar el pago, por la sola circunstancia de la existencia del plazo dicho deudor no se encontrará obligado a pagar interés compensatorio alguno.

Ello, a menos que se tratase de un contrato de mutuo, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 1663 del Código Civil, el mutuatario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.

Sin embargo, es claro que el artículo 1324 no está destinado específicamente a regular el tema de los intereses compensatorios en las obligaciones de dar sumas de dinero, sino que se encuentra dirigido a regular el tema de los intereses moratorios. No obstante ello, resulta fundamental establecer la relación entre uno y otro tipo de interés, en la medida en que lo previsto por el artículo 1324 requiere tener en consideración el tema de manera global, con el propósito de conocer la forma exacta en que debe aplicarse el precepto citado.

Dentro de tal orden de ideas remitimos al lector al análisis de los intereses, que oportunamente efectuamos.

De otro lado, debemos señalar que el artículo comentado —1324— desecha la expresión «a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

y perjuicios», que aparece en la parte final del artículo 1324 del Código de 1936, coincidentemente con la misma numeración en ambos Códigos. Esta regla no se refería —claro está— ni a los intereses legales ni a los intereses convencionales, pues el citado artículo 1324 del Código de 1936 trataba con anterioridad de ellos y señalaba su régimen. El Código de 1936 aludía, sin duda, a prestaciones distintas de los intereses, que, si bien estaban destinadas a reparar los verdaderos daños y perjuicios que podía sufrir el acreedor por el incumplimiento, se prestaban a abrir las puertas a la usura, en la medida en que ellas fueran superiores, en valor, al máximo del interés previsto por la ley, lo cual inducía a hacer indirectamente lo que la ley prohibía hacer directamente[2990].

Antes de concluir nuestros comentarios en relación con el artículo 1324 del Código Civil, debemos reparar en lo dispuesto por el segundo párrafo del referido numeral, precepto que establece que, si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido, el respectivo resarcimiento.

Como sabemos, la cláusula de indemnización del daño ulterior es aquélla que permite al acreedor la indemnización del íntegro de los daños y perjuicios sufridos. En este caso, si los daños y perjuicios sufridos superasen el monto de los intereses, y no se hubiese pactado dicha cláusula, el resarcimiento se limitará al monto resultante de los intereses.

Si, por el contrario, se hubiese pactado indemnización del daño ulterior, el acreedor tendrá derecho a ser indemnizado, no sólo en el monto de los intereses, sino en el plus, vale decir, por el íntegro de los daños y perjuicios sufridos.

Por lo demás, no vamos a ahondar sobre la cláusula de indemnización del daño ulterior, ya que nos ocuparemos de ésta con ocasión de nuestro análisis de las obligaciones con cláusula penal, en especial de lo dispuesto por el artículo 1341 del Código Civil peruano.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2990 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones. Op. cit.*, p. 248.

Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros

Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1325

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.

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el tema en su artículo 195: «Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en su artículo 181: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 abordaba el particular en el artículo 1344: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1292: «El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario».

2. Análisis

Antes de iniciar el análisis del artículo 1325 del Código Civil peruano, creemos necesario realizar un breve estudio sobre los límites y alcances de la responsabilidad contractual.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. Generalidades

El incumplimiento de las obligaciones convencionales no constituye el único presupuesto o fórmula sobre el que se basa la responsabilidad contractual. Para que ésta se asuma como tal es preciso que concurran, además, otros elementos:

(a) Debemos encontrarnos, esencialmente, dentro de la denominada etapa contractual, que se inicia con la formación del consentimiento, donde oferta y aceptación coinciden, originando una voluntad común que debe ser expresada.

(b) También es necesario que el referido incumplimiento de la obligación contractual genere un perjuicio al acreedor o contraparte.

(c) El incumplimiento, como se sabe, debe ser resultado del obrar culposo o doloso del deudor, que sólo puede liberarse de esta «presunta» responsabilidad justificando que tal incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede imputársele, o que no existe mala fe o negligencia de su parte.

Al respecto, se ha establecido que, en el área de la responsabilidad contractual, la capacidad es el presupuesto necesario para responsabilizar al agente. Así, Jorge Eugenio Castañeda[2991] señala que también es necesario atender a la circunstancia de que para que determinada persona responda en el Derecho Civil deberá tener capacidad de imputación. La culpa presupone que la persona es capaz de actos volitivos y se encuentra en un estado mental que puede hacerle responsable de su voluntad. En este orden de ideas, es evidente que carecería de responsabilidad aquel que al practicar el hecho se encuentra inconsciente, a no ser que él mismo intencionalmente se hubiera puesto en tal estado.

De otro lado, la responsabilidad contractual tiene como efectos inmediatos forzar la ejecución de la obligación e indemnizar los perjuicios originados por la inejecución parcial, tardía, defectuosa o total; ese doble efecto será alternativo o concurrente, según los casos.

En suma, para que se configure la responsabilidad contractual resulta indispensable que el daño provenga de la inejecución de una obligación creada por un contrato; o, como dice Manuel Ossorio[2992], la responsabilidad contractual es la originada por el quebrantamiento de un contrato válido.

Ahora bien, cuando dicha responsabilidad emana de la inejecución de las prestaciones, «por parte de quienes promulgaron la ley de Derecho

2991 Castañeda, Jorge Eugenio. «La responsabilidad contractual en el nuevo Código Civil de Italia en comparación con la del Código del Perú y la del Código Civil de Alemania». En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 236, año xxi, septiembre de 1963, p. 1187.

2992 Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 1974, p. 674.

Privado»[2993] a cuyo cumplimiento quedaron obligados en forma expresa, se configura la denominada responsabilidad contractual directa. Es decir, que si el incumplimiento (dañoso) deriva de una de las partes que suscribió o celebró el contrato, hay una consecuencia jurídica directa.

Sin embargo, no vamos a explayarnos sobre el tema, esto es, sobre la responsabilidad contractual directa o por inejecución de las obligaciones, debido a que prácticamente todas las materias analizadas en estas partes del tratado versan sobre dicho asunto.

En cambio, cuando el incumplimiento deriva no del deudor en forma directa, sino de un tercero, dependiente o no de aquél, se configura la denominada responsabilidad contractual indirecta.

Así, Leysser León Hilario[2994] anota que la responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones es la institución que compendia las implicancias jurídicas y patrimoniales que recaen sobre un deudor cuando la prestación que ha comprometido frente al acreedor no se cumple, o se verifica de manera inexacta (parcial, tardía o defectuosa), como consecuencia de la actuación de los terceros empleados por el primero para la ejecución de lo debido.

Dentro de la complejidad de la vida contractual de nuestros tiempos es usual que el deudor, para cumplir la obligación, se vea precisado a recurrir al concurso de terceras personas[2995]. En estos casos, el deudor deberá responder de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo estipulación en contrario (argumento del artículo 1325 del Código Civil peruano)[2996].

La antigua doctrina alemana[2997] afirmaba que el deudor sólo respondía de su propia culpa y que la culpa de los representantes o del personal auxiliar constituía, en relación con el deudor, un hecho ajeno del cual debía responder si hizo una elección negligente (*culpa in eligendo*), o si sus instrucciones fueron deficientes, o si les dio instrumentos inadecuados, o si no los vigiló debidamente (*culpa in vigilando*).

Sin embargo, esta posición ha sido superada, dados los graves peligros ante sus consecuencias y por haber quedado demostrado que las responsabilidades

2993 Zago, Jorge. «Responsabilidad contractual indirecta». En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 237.

2994 León Hilario, Leysser. «Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación». En *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 38. Lima, 1998, p. 37.

2995 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. *Op. cit.*, p. 248.

2996 La norma peruana se inspira en el artículo 1228 del Código Civil italiano de 1942, que prescribe lo siguiente: «Salvo voluntad distinta de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de terceros, responde igualmente de los hechos dolosos o culposos de ellos».

2997 Enneccerus y Lehmann citados por Valencia Zea, Arturo. *Op. cit.*, tomo IV, p. 325.

por hechos ajenos se remontan a las costumbres de los pueblos bárbaros. Es más, «Los investigadores han identificado una máxima sobre el contrato de locación-conducción, contenida en el Digesto, uno de los antecedentes más dignos de crédito respecto de la figura bajo examen: "El que tomó en arriendo el transporte de una columna, si ésta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio, ha de ser responsable de este riesgo si hubiese ocurrido con culpa del mismo o de aquellos que están a su servicio (Gayo, D. 19, 2, 25, 27)"»[2998].

Señala la doctrina que, durante la Edad Media, en el nivel de las corporaciones, también primó la regla de que el patrón de una bodega tenía que ser considerado responsable frente a sus clientes por los daños causados a éstos por obra de los aprendices que aquél tenía a su cargo[2999].

Luego, con la aparición en Europa de los primeros cuerpos sustantivos como los Códigos de Austria (1811), de Sajonia, de Prusia (el *Landrecht*), la primera versión del Código suizo de las Obligaciones (1881), y con la acentuación de una práctica jurisprudencial favorable, a la que no fueron ajenos los países del *Common Law*, la responsabilidad indirecta por incumplimiento de obligaciones terminó de vislumbrarse como un principio general[3000].

De lo que se trata con la responsabilidad contractual indirecta es de obligar a que determinadas personas utilicen la autoridad que tienen respecto de otras para evitar que causen daños[3001].

La responsabilidad contractual indirecta recibe también la denominación de responsabilidad refleja, responsabilidad vicaria, responsabilidad por el hecho de otro y responsabilidad excepcional, porque la obligación de indemnizar sólo se presenta en los casos en que la ley faculta a la víctima o damnificado a reclamar que lo indemnice quien, sin haber causado directamente el daño, tiene particular vinculación con el victimario.

2.2. Teorías que sustentan la responsabilidad contractual indirecta

A fin de encontrar el fundamento de esta responsabilidad, la doctrina ha desarrollado varias teorías contrapuestas[3002].

2998 León Hilario, Leysser. *Op. cit.*, p. 94.

2999 *Idem.*

3000 *Idem.*

3001 Martínez Coco, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil I.* Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 389.

3002 Para el desarrollo de este tema, hemos consultado: Hedemann, Justus Wilhelm. *Op. cit.*, volumen III, pp. 163 y 164; Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, p. 204; León Hilario, Leysser. *Op. cit.*, pp. 95-99; Chironi, Gian Pietro.. *La culpa en el Derecho Civil moderno.* Madrid: Hijos de Reus, 1907, pp. 282-409; De Aguiar Dias, José. *Tratado de la responsabilidad civil.* México: Editorial Cajica, tomo I, pp. 244-246 y Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 726-738.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1. Teoría de la culpa *in eligendo*

Teoría antigua y sin justificación actual, que fuera defendida en primer término por Pothier y seguida durante casi todo el siglo XIX por varios comentaristas del Código Napoleón, entre los que podemos citar a Esmein y Bertrand de Greuille.

Según esta posición, el fundamento de la responsabilidad del comitente o patrono radicaría en una *presunción de culpa* contra él mismo: el patrono está en culpa por la mala elección de la persona del dependiente.

El enfoque de la culpabilidad del deudor se centra, pues, en su falta de cuidado en la elección de un personal idóneo para la ejecución de la prestación.

2.2.2. Teoría de la culpa *in vigilando*

Esta teoría fundamenta la responsabilidad en la falta de cuidado y vigilancia debida por parte del deudor para evitar que el perjuicio se produzca. Lo esencial para determinar la responsabilidad (indirecta del comitente o patrono) es el derecho a dar órdenes y el descuido al controlar la actividad de ese personal.

La autoridad del comitente sobre sus encargados es el germen de su responsabilidad. La responsabilidad del comitente tiene una sólida base moral —señala Planiol[3003]—, porque se descubre en su conducta una culpa que le es personal y que consiste en su complicidad o en su negligencia: la conducta del encargado depende de la voluntad del comitente; sus actos se cumplen con el permiso y la vigilancia de este último, de suerte que la culpa de uno llega a ser la culpa propia del otro.

Sin embargo, la doctrina constató que la simple facultad de vigilancia y el derecho a dar órdenes no le dan al individuo el carácter de comitente, ni lo tornan responsable por el hecho de sus subordinados.

2.2.3. Teoría de la acumulación de la culpa en la elección y en la vigilancia

Según esta posición, la presunción de culpa en la elección como único fundamento de la responsabilidad indirecta debe tener en cuenta, además, la falta de vigilancia.

Esta teoría tuvo singular acogida en la doctrina argentina, contando entre sus defensores a Aguiar y Parry, para quienes esa responsabilidad se funda en una doble idea de elección y vigilancia, o sea, en una elección defectuosa del encargado a quien se confía la realización de un trabajo, unida a la falta de vigilancia de parte del comitente durante el desempeño de tal incumbencia.

3003 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 728.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.4. Teoría de la representación o de la sustitución

Esta tesis cuenta entre sus eminentes defensores a Toullier, Chironi, a los Mazeud, Bartin, Cogliolo; y entre los autores latinoamericanos, a Galli, Orgaz, Barcia López, De Gásperi y otros.

Por efecto de la representación, se tiene una aparente confusión jurídica entre la persona del representado y la del representante, de modo que ésta parece absorbida por aquélla y los actos del representante, como tales, están en relación con los terceros considerados como si fueran del representado.

Así, la representación envuelve los actos perjudiciales, porque se entiende que el responsable aparente, o agente, o representante, ha obrado en lugar del verdadero responsable. Claro que éste no deseará ser representado en esa forma —anota De Aguiar[3004]—; lo que no es posible, en cambio, es que obrase en otra, en vista de que estaba obligado a servirse de un tercero para practicar el acto. Si no puedo, por ejemplo, hacer con la mano derecha determinada tarea y empleo la izquierda, porque aquélla está ocupada, no podría alegar ese hecho para excusarme.

Refutando esta posición, la doctrina[3005] ha planteado los siguientes argumentos:

- La responsabilidad indirecta parte de la premisa de que el hecho ilícito del subordinado se ha consumado sin autorización y sin conocimiento del principal, pues si no estaríamos ante un hecho personal de éste.
- Si el «mandatario» se extralimita en los poderes que se le han conferido, obra a título personal; en ese sentido, no es aceptable la idea de la representación.

2.2.5. Teoría del riesgo

La teoría objetiva del riesgo ha sido reproducida del argumento de que deben soportar las desventajas aquellos que recogen los resultados de cierta actividad: *ubi emolumentum, ibi onus* (donde están los beneficios o provechos, también deben estar las cargas, todo lo cual se sintetiza —a decir de un sector de la doctrina— en la regla clásica de que quien goza del *commodum* (ventaja), debe sufrir el *periculum* (peligros o desventajas correlativas)[3006].

Esta posición fue sostenida por Anastasi, Unger, Trimarchi, Borda, Spota y Besson, entre otros, para quienes el principal y el «guardián» son responsables, no porque tengan culpa, sino porque con sus actividades, con las cosas de que se sirven, crean riesgos.

3004 De Aguiar Días, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 245.
3005 *Ibidem*, p. 246.
3006 *Ibidem*, p. 244.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.6. Teoría del resultado

Según esta teoría, el deudor promete un resultado y al acreedor poco le importan los medios empleados para satisfacerlo.

La crítica que se hace a esta posición se funda en que no toda obligación es de resultado (asumiendo la distinción mayoritaria en doctrina, pero negada por nosotros); no obstante, asimismo, se sostiene[3007] que dicha crítica revela falta de comprensión en los objetivos de la teoría: siempre existe un resultado prometido, variando sólo la fuerza de la obligación del deudor; dicho resultado puede ser menor o mayor, más positiva o más relativamente prometido, pero siempre existe.

2.2.7. Teoría de la fuerza mayor

Esta teoría adopta la definición desde el punto de vista negativo, ya que afirma que el acto del auxiliar no es exterior y, por ende, no hay fuerza mayor que pueda eximir al deudor (al principal).

2.2.8. Teoría de la esfera de intereses

Esta posición parte de la idea de que tanto el deudor como el acreedor son igualmente dueños de su respectiva esfera de intereses; y para el acreedor puede también presentarse una responsabilidad obligatoria, en virtud del siguiente principio: has de responder de lo que proviene de tu esfera o es de tu incumbencia[3008].

2.2.9. Teoría de la ponderación de los intereses

Contraria a la anterior, esta posición afirma que es el deudor el conocedor de su empresa, quien sabe si necesita auxiliares y a quién elige como tales y cómo les da las instrucciones; el acreedor, en cambio, es ajeno a ello y no sabe nada de eso, por lo cual merece protección y «su interés es predominante»[3009].

2.2.10. Teoría del concepto de la prestación

Fijándose sólo en el concepto objetivo de la prestación, esta teoría pretende que en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso, ha de responder el que prometió cumplir la prestación.

2.2.11. Teoría de la garantía tácita

La tesis de la asunción de garantía presupone que ésta ha sido acogida en la celebración de todo contrato, como una promesa del deudor en el sentido de aceptar la responsabilidad por sus auxiliares.

3007 *Ibidem*, p. 246.

3008 Hedemann, Justus Wilhelm. *Op. cit.*, volumen III, p. 163.

3009 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 735.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, quienes defienden esta posición (Friedrich Puchta, Nicola Coviello, Saleilles, Scialoja, Renand, entre otros) afirman que el contratante responde porque ha asumido una garantía tácita para con el acreedor. Se trata —señala la doctrina— de una obligación legal de garantía, impuesta por consideraciones de justicia y de interés social, y como medio de brindar una protección más eficaz a la víctima.

Los críticos de esta posición le imputan, en cambio, el defecto de fundarse en una ficción: el deudor, en la mayoría de las veces, afirma la voluntad de no responder por los hechos del dependiente[3010].

Para De Aguiar Dias[3011], dicho argumento no es del todo acertado, porque lo que el deudor pretende siempre, en natural movimiento de defensa de su patrimonio, es reducir al mínimo sus obligaciones, a fin de evitar que ellas se traduzcan en sanciones restitutivas. Y si esa voluntad de no obligarse por los actos del empleado es previa (porque el deudor no puede apartar la garantía), no tiene facultades para declarar que no la asume, especialmente cuando se trata de la garantía de incolumidad, que debe ser considerada de orden público, toda vez que no se puede estipular contra la integridad física de la persona humana[3012].

2.2.12. Teoría de la presunción legal de culpa

Considera la doctrina que esta tendencia se encuentra notoriamente emparentada con las teorías mixtas (culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*) y con la obligación legal de garantía, de la que sería una variante.

Según apunta esa tesis[3013], la responsabilidad del comitente se justifica por una presunción legal de culpa en su contra, que se asienta en los elementos de elección y vigilancia. Para esta posición, el fundamento de la responsabilidad refleja es la culpa del principal. Una culpa que la ley presupone *iuris et de iure* por varias razones. Por lo pronto, porque como toda presunción se atiene *ex eo quod plerumque fit*: ciertamente, de ordinario, el principal está en condiciones de vigilar al dependiente para que no cometa actos ilícitos contra tercero.

3010 De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, p. 244.

3011 *Idem.*

3012 El planteamiento de la «obligación de garantía tácita» difiere del «deber de garantía», según el cual la responsabilidad por los auxiliares utilizados en el cumplimiento es una manifestación que impone al obligado a no generar detrimento al acreedor con la actuación de las distintas prerrogativas que le son concedidas por su posición en la relación obligatoria. Lo que se asume es que la responsabilidad contractual cumple una «función protectora» respecto del acreedor; que sólo el deudor es pasible de imputación porque no puede despojarse de su posición de sujeto potencialmente responsable por la infracción de la obligación; además, que pese a la intervención de terceras personas, promovida por el deudor, con arreglo a la libertad de organización que se le reconoce, nunca se produce una mutación ni del obligado, ni del patrimonio contractualmente responsables (León Hilario, Leysser. *Op. cit.*, p. 98).

3013 Cazeaux, Pedro N. y Félix A.Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 737.

Asimismo, se sostiene que para estimular a los patrones a fin de que elijan buenos dependientes, para que los vigilen celosamente y no queriendo que el asunto de la culpa del patrón quede librado a la contingencia de las pruebas judiciales, el legislador —siguiendo una política de prevención de riesgos y eliminación de litigios que podrían proliferar—, ha preferido elevar esa culpa a la categoría de una presunción irrefragable[3014].

Por nuestra parte, consideramos que esta última teoría es la que mejor explica el lineamiento subjetivo que informa a nuestro Código Civil, cuando prescribe que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (primer párrafo del artículo 1321); y especialmente cuando dispone que, salvo pacto en contrario, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos (artículo 1325).

2.2.13. Nuestra posición

Consideramos que el artículo 1325 del Código Civil atribuye responsabilidad exclusiva al deudor, prescindiendo de todo análisis respecto a la falta de diligencia en la elección del personal idóneo para ejecutar la prestación (*culpa in eligendo*) o en la falta de cuidado para controlar la actividad de sus auxiliares (*culpa in vigilando*). Se trata, pues, de una atribución de responsabilidad en base a factores de imputación objetivos; en consecuencia, el deudor no puede liberarse de responsabilidad invocando ausencia de culpa en su actuar.

Si bien el deudor y su auxiliar aparecen identificados en una sola persona ante el acreedor, en sus relaciones internas, en cambio, el hecho de uno de ellos no se confunde con el hecho del otro.[3015] Por ende, cuando el deudor resarce al acreedor, por los daños ocasionados dolosa o culposamente por el tercero, le asiste el derecho de repetir contra éste de acuerdo al vínculo jurídico que mantiene con el causante directo del daño, que usualmente se fundamenta en contratos de locación de servicios, mandato, entre otros.

A juicio nuestro, no existe controversia respecto a que la responsabilidad del deudor por los actos dañosos de sus colaboradores o auxiliares encuentra su fundamento en factores de atribución objetivos, que prescinden totalmente de la noción de culpa en la elección o vigilancia.

En tal sentido, se entiende que, si el deudor delega en un tercero la ejecución de la prestación a su cargo, asume el riesgo del eventual comportamiento

3014 Todas las presunciones legales *iuris et de iure* se apoyan en la verosimilitud del hecho presumido y en la conveniencia de que se lo tenga por tal, al margen de toda controversia judicial (*ibidem*, tomo II, p. 737).

3015 Banchio, Carlos Enrique. *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 96.

dañoso de éste[3016]; es decir, siendo el obligado quien inserta riesgos al permitir o propiciar la participación de terceros, entonces, deberá responder por los perjuicios causados por éstos.

Creemos conveniente citar la Casación n.° 107-2004-Tacna, de fecha 25 de abril de 2005, «*Octavo*. Se tiene que es de aplicación el artículo 1325 del Código Civil, que regula la responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros; siendo en este caso responsables la empresa A, pues tal como lo ha reconocido el propio chofer en su contestación de demanda, él era el conductor del vehículo siniestrado y que trabajaba subordinado a la empresa A pero prestando un servicio directo a los intereses de la empresa B; además, teniendo en cuenta lo expresado por Jordano Fraga "a los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor sino cualquier persona (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto fáctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental". Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar (que puede ser o no de dependencia), sino que aquella utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria. [...]»[3017]

2.3. Condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta

Si bien el Código sustantivo no enuncia las condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de señalar cuáles son tales requisitos[3018]:

(a) La relación jurídica patrimonial (el contrato) debe haberse formado o concluido entre el deudor y la víctima del daño. Ha de tratarse —como anota la doctrina—, de un contrato válido y circunscripto al deudor responsable y a la víctima, por lo menos en relación al tercero interviniente.

(b) Debe tratarse de un hecho ilícito imputable al tercero, pues de no ser así desaparecería el fundamento de la responsabilidad indirecta y el deudor no se vería obligado a reparación alguna. Es necesario que el tercero sea él mismo responsable, es decir, que haya obrado con culpa o dolo. La responsabilidad del deudor existe por el hecho ilícito del tercero, pero si el hecho no es imputable a este último, la base de la acción de indemnización desaparece.

(c) Debe existir una relación de dependencia entre el autor del hecho y el deudor, dependencia en el sentido de que el tercero haya necesitado para

3016 Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis, 1999, tomo II, p. 73.

3017 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 990-991. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3018 De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 242 y 243.

obrar de una autorización por parte del deudor. Se establece que sólo hay responsabilidad contractual por hecho de otro cuando el contratante (deudor) puede encomendar a un tercero su ejecución; porque si en el contrato se le impone la obligación de ejecutar él mismo la prestación, el simple hecho de hacerla ejecutar por otro constituye violación del contrato.

Al respecto, los Mazeaud señalaban que todo el problema de la responsabilidad contractual por otro supone decidida la cuestión de saber si el deudor estaba o no sujeto a ejecutar personalmente sus obligaciones, cuestión que no puede ser resuelta sino por la investigación de la intención de las partes y de la voluntad del legislador. De ahí que el artículo 1325 de nuestro Código Civil, precise que el deudor será responsable por los hechos dolosos y culposos del tercero, cuando aquél se haya valido de éste para ejecutar la obligación.

De Aguiar Dias[3019] se refiere más bien a una relación de representación entre el responsable y el autor del daño; la representación —sostiene— puede ser legal (tutores, curadores, etcétera) o convencional (mandatarios, dependientes, sustitutos en general).

Por lo tanto, si el representante actúa culposamente en la ejecución de la obligación a cargo del representado, éste sufre las consecuencias del desacierto y responde del daño sufrido por el acreedor.

Sobre el particular, Llambías[3020] expresa que esa es la solución que está impuesta por la identificación de las personas de representado y representante frente a los terceros, en el campo de los hechos lícitos, en el cual funciona esa atribución de la actividad del representante al representado: lo obrado en esas condiciones beneficia y perjudica al representado que resulta acreedor o deudor de las obligaciones emergentes de los actos realizados por cuenta suya.

Sucede algo distinto —agrega Llambías— si se trata de hechos ilícitos respecto de los cuales no puede haber representación que sólo se ejerce en el ámbito de lo lícito. El acto ilícito del representante sólo lo compromete a él, pero no al representado, a menos que sea subordinado de este último, en cuyo caso le incumbirá responsabilidad, no como representado sino como principal, por no haber impedido que alguien sujeto a sus órdenes obrara el mal ajeno. Hay, entonces, una responsabilidad refleja que se explica a través de una culpa propia.

3019 *Ibidem*, tomo I, p. 243.

3020 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 219 y 220.

A mayor abundamiento, Llambías señala que cuando el deudor ha obrado por intermedio de dependientes suyos, los principios explicados precedentemente se aplican con todo rigor.

Enseña que, restringiéndonos a los supuestos de hechos lícitos, no cabe duda de que la culpa del dependiente muestra una culpa del propio deudor. Porque una de dos —dice el citado profesor—: el deudor tenía que obrar personalmente o no. Si lo primero, su culpa ha consistido en delegar un cometido que tenía que efectuar por sí mismo. Si lo segundo, la culpa del deudor consistió en recurrir a instrumentos inseguros para lograr el fin a que se había comprometido; o, en todo caso, su culpa habría también consistido en elegir subordinados a quienes el acreedor puede enrostrar un comportamiento defectuoso. Lo expuesto, finaliza Llambías, explica por qué el deudor responde por los hechos de sus dependientes efectuados en el incumplimiento de la obligación, sin excusa posible de su parte.

(d) El daño debe ser sufrido por el acreedor, como consecuencia del incumplimiento culposo o doloso del deudor, valiéndose del tercero.

(e) Asimismo, debe existir una vinculación entre las tareas y el hecho del tercero. Ello, en razón de que el tercero sólo representa al deudor en el cumplimiento de la obligación que le ha sido conferida. Es necesario, pues, que el daño se infiera en ejercicio o con ocasión del cumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

La doctrina consultada recuerda que los Mazeaud se refieren a la culpa contractual del representante, la que para demostrarla basta que el acreedor pruebe la inejecución del contrato, salvo si la obligación es de la naturaleza de un deber general de prudencia y diligencia, caso en que debe ser establecida la negligencia o imprudencia del representante.

En nuestra opinión, el deudor resulta responsable por los daños ocasionados por terceros de los que se vale para ejecutar la prestación, siempre que concurran los siguientes presupuestos[3021]:

a) En principio, la preexistencia de una relación obligatoria que vincule jurídicamente a un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor), siendo éste quien autoriza al tercero a ejecutar la prestación destinada a satisfacer el interés de su contraparte;

3021 El artículo 1228 del *Codice Civile* —que resulta similar al artículo 1325 de nuestro Código Civil—, menciona que los presupuestos de la responsabilidad del deudor por el hecho del auxiliar son los siguientes: 1) la posición de auxiliar que tiene el autor del hecho; 2) el carácter doloso o culposo del hecho; y 3) la conexión entre el hecho y los encargos encomendados al auxiliar.

b) El comportamiento dañoso del tercero debe estar ligado con la ejecución de una o varias prestaciones que integran la situación jurídica del débito;

c) Que el tercero haya sido autorizado por el deudor para ejecutar la prestación a su cargo; por ende, basta que el tercero auxiliar haya sido asociado para el cumplimiento de la obligación a instancias o con anuencia del deudor obligado, tanto para efectivizar el cumplimiento o cooperar al mismo;

d) La cualidad de «tercero» exige que éste no haya asumido una obligación frente al acreedor, porque de ser así pasaría a ser deudor, con todas las consecuencias que ello implica, en cuyo caso se desobliga del deudor originario o se acumula como un nuevo deudor a la obligación originaria, mancomunada o solidariamente;

e) Es necesario que el daño no resulte imputable al deudor ni que hubiera contribuido a su realización; pues si el perjuicio ocasionado al acreedor proviene de un hecho propio del obligado, nos alejaríamos del terreno de la responsabilidad por hecho de tercero, para ubicarnos en la esfera de la responsabilidad directa por culpa propia.

2.4. Acciones derivadas de la responsabilidad contractual indirecta

En lo referente a las acciones derivadas de la responsabilidad contractual indirecta, la doctrina describe a las siguientes:

(a) Dado que el deudor resulta responsable ante el acreedor, en razón de los hechos culposos o dolosos del tercero (del cual se vale para el cumplimiento de la prestación asumida), tiene el derecho de reclamar a éste por vía de acción de regreso o recursoria[3022], cuando haya tenido que indemnizar al acreedor a causa de culpa de aquél.

Los autores ponen énfasis en que esta acción tiene como fundamento la relación jurídica contractual que vincula al deudor con sus representantes convencionales (contrato de mandato) o con sus dependientes (locación de servicios, contrato de trabajo, etcétera). Si la representación proviene de la ley, por ejemplo, padre, tutor o curador, se dice que la acción de regreso se rige por los principios de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Asimismo, la doctrina recalca que para que la acción de regreso prospere, el deudor tendrá que probar la culpa de su representante o dependiente, y la relación de causalidad entre el hecho y el monto del daño cuyo reintegro pretenda aquél.

3022 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 221.

(b) Según Busso[3023], independientemente de la responsabilidad del deudor por la culpa de sus representantes, el acreedor siempre dispone de una acción directa contra éstos para obtener el resarcimiento del daño que ellos le han provocado. Pero es de observar que entre el acreedor y los autores directos del daño no hay vínculo jurídico preexistente, pues la relación obligacional es con el deudor. De ahí que el daño deba ser encuadrado dentro del marco de la responsabilidad por los hechos ilícitos y, por lo tanto, el acreedor que quiera hacer valer esta acción directa tendrá que establecer todos los presupuestos de hecho que condicionan el juego de aquella responsabilidad. Además, el acreedor podrá entablar contra los autores del daño una acción indirecta u oblicua, subrogándose en los derechos de su deudor contra ellos.

Asimismo, en relación al tema de los requisitos o condiciones de la responsabilidad contractual indirecta, la doctrina afirma que para quienes defienden los sistemas objetivos, la cuestión se torna más simple: una vez que se admite la responsabilidad derivada del riesgo creado o de cualquier otro fundamento que considere objetivamente el daño y la necesidad de indemnizarlo, sin indagación de la culpa del responsable, se tiene como consecuencia lógica la reparación por hecho de tercero, sin considerar de qué naturaleza son las relaciones entre el representante y el representado, o entre ellos y la víctima[3024].

En nuestra opinión, como el tercero que ejecuta la prestación no reemplaza al deudor ni se convierte en otro obligado, sino que sólo es utilizado instrumentalmente para el cumplimiento del débito, esto es, debido a que el acreedor no mantiene vínculo alguno con los terceros solamente puede ejercitar su pretensión contractual de resarcimiento contra el deudor, único titular de la relación jurídica patrimonial.

Es decir, como el acreedor no se encuentra vinculado por ninguna relación jurídica con el autor directo del daño, no puede ejercitar acción directa en vía obligacional; sin embargo, no existe impedimento alguno para que el acreedor perjudicado accione contra el tercero en vía extracontractual (artículos 1969 y 1970 del Código Civil, según corresponda).[3025]

Asimismo, como mencionamos cuando el deudor resarce al acreedor, por los daños ocasionados dolosa o culposamente por el tercero, le asiste el derecho

3023 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 292.

3024 De Aguiar Dias, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 243 y 244.

3025 Es pertinente analizar el supuesto del subcontratista, que no puede ser calificado como parte del contrato de obra originario —celebrado entre el contratista y comitente—, quien responderá contractualmente frente a éste, pero de manera solidaria con el contratista, respecto de la materia del subcontrato. En aplicación de la norma especial contenida en el segundo párrafo del artículo 1772 del Código Civil, se excluye la norma general del artículo 1325 del mismo texto legal, que consagra responsabilidad exclusiva del principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de repetir contra éste de acuerdo al vínculo jurídico que mantiene con el causante directo del daño.

2.5. Principales supuestos de responsabilidad contractual indirecta

Podemos mencionar los siguientes:

2.5.1. En el contrato de arrendamiento

La responsabilidad del arrendatario está regulada por el artículo 1683 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1683.- El arrendatario es responsable por la pérdida y el deterioro del bien que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por causa no imputable a él.
>
> Es también responsable por la pérdida y el deterioro ocasionados por causas imputables a las personas que ha admitido, aunque sea temporalmente, al uso del bien.

La del subarrendatario, está contenida en el artículo 1693:

> Artículo 1693.- Tanto el subarrendatario coo el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario.

2.5.2. En el contrato de locación de servicios

Se sabe que, por la locación de servicios, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución (artículo 1764 del Código Civil peruano de 1984), y que dicho servicio debe prestarse personalmente. Sin embargo, la propia ley establece que el locador puede valerse de auxiliares y sustitutos, siempre y cuando tal colaboración esté permitida por el contrato o por los usos y no sea incompatible con la naturaleza de la prestación, estando dichos auxiliares bajo la dirección y responsabilidad del locador (artículo 1766 del Código Civil peruano).

2.5.3. En el contrato de hospedaje

La responsabilidad principal del hospedante es la de ser depositario del dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped, debiendo poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Dentro de ese contexto, el hospedante responde igualmente por los actos u omisiones de los familiares que trabajan con él y de sus dependientes (artículo 1722 del Código Civil peruano).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.5.4. En el contrato de obra

La característica principal del contrato de obra, como modalidad de prestación de servicios, es que el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución. El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra ni subcontratar íntegramente su ejecución, salvo autorización escrita del comitente, en cuyo caso responde solidariamente frente a éste por las acciones del subcontratista (artículo 1772 del Código Civil).

2.5.5. En el contrato de mandato

La ley civil peruana precisa que el mandante está obligado, salvo disposición distinta, a practicar personalmente los actos comprendidos en el mandato y a sujetarse a las instrucciones del mandante (inciso 1 del artículo 1793 del Código Civil). Sin embargo, tratándose de un mandato sin representación, se prescribe que el mandatario no es responsable frente al mandante por la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las personas con quienes haya contratado, a no ser que al momento de la celebración del contrato conociese o debiese serle conocida su insolvencia, salvo pacto distinto (artículo 1812). Resulta claro, entonces, que la regla es que el mandatario cumpla personalmente la obligación encomendada, pero, si las partes así lo convienen, puede valerse de terceras personas para tal ejecución, estableciéndose, además, una presunción legal de responsabilidad en caso de que esas terceras personas resultasen insolventes al momento de concertar con ellas los negocios que le servirán para el cumplimiento de su mandato.

2.5.6. En el contrato de transporte

El Código de Comercio dispone entre sus artículos 350 a 374 la responsabilidad de las empresas de ferrocarriles, de los troperos, arrieros, cargadores, porteadores y, en general, de todos los que se encargan de conducir mercaderías o personas, mediante una comisión o flete, que deben efectuar la entrega en el tiempo y en el lugar del convenio, y que deberán asumir las consecuencias de las pérdidas o daños que resultaren de malversaciones u omisiones suyas o de sus factores, dependientes y otros agentes cualesquiera. Así, ello constituye también una responsabilidad contractual indirecta respecto del transportista que asumió el compromiso de cumplir con la entrega en el momento y en la forma convenida.

2.6. A modo de conclusión

El fundamento de esta responsabilidad, en suma, se encuentra en la particular situación dada por el actuar u obrar de los terceros de quienes el deudor se vale para el cumplimiento de la obligación, que no es admisible como supuesto liberatorio del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Precisamente por dicha exigencia, se discute no sólo la perspectiva subjetivista de nuestro Código, sino, además, se ha llegado a afirmar que resulta un

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contrasentido establecer que el tercero puede obrar con dolo o culpa frente al acreedor.

Como crítica a la regulación contenida en el Código Civil peruano sobre el particular[3026], se ha sostenido que no hay dolo o culpa obligacional de un tercero ante el acreedor, porque aquél, el ejecutor material de la prestación, no está vinculado con éste.

Al respecto, y siguiendo las apreciaciones de Ennecerus[3027], diremos que la responsabilidad contractual indirecta se funda principalmente en que el tercero no sólo es la persona elegida por el deudor para el cumplimiento de la prestación asumida, sino además es quien entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el comportamiento encaminado a ese fin. De ahí que la doctrina clásica hace hincapié en que la obligación de diligencia no es un deber especial de conducta personal diligente, paralelo al deber de realizar la prestación, sino más bien una cualificación del propio deber de prestación. Si el deudor debe una prestación propia, debe una prestación propia diligente. Si debe la prestación de un tercero, debe la prestación diligente de éste. Pero quien debe una prestación que tiene que ser ejecutada por una persona no determinada previamente, responde de la prestación diligente de aquél que la ejecutará.

El artículo 1325 del Código Civil establece que el sujeto pasivo de la relación obligatoria responde por los «hechos» dolosos o culposos de las personas que emplea para el cumplimiento de la obligación; sin embargo, no hace referencia explícita a las «omisiones» en que pueden incurrir dichos terceros que colaboran o sustituyen al deudor en la ejecución de la conducta debida. No obstante, no debemos ceñirnos a una interpretación literal y restrictiva del citado dispositivo legal.[3028]

En síntesis, estamos frente a un supuesto de responsabilidad contractual indirecta cuando se obliga al resarcimiento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañoso, sino por hechos ajenos, existiendo previamente un vínculo jurídico.

El deudor es responsable de los actos dañosos ocasionados por las personas de las que se sirve para ejecutar su obligación, resulten los perjuicios del actuar doloso, culposo o inclusive en base a factores de atribución objetivos, cuando el suceso lesivo se produjo con un bien o en ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o, en general, ejercitando una actividad cuya atribución de responsabilidad se realiza en base a factores de imputación objetivos.

3026 León Hilario, Leysser L. *Op. cit.*, pp. 100-102.

3027 Ennecerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 233.

3028 García Huayama, Juan Carlos. «Responsabilidad del deudor por hechos de terceros». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2012, tomo 222, p. 121.

Reducción del resarcimiento por hecho u omisión del acreedor. Concurrencia de culpas

Artículo 1326.- 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.

Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1326

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836, así como tampoco en el Código Civil de 1852; en el Proyecto de Código Civil de 1890; en el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea de 1925; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, ni en el Código Civil de 1936.

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el tema en su artículo 194: «Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella han derivado.— El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 182: «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».

El Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 se ocupaba del tema en el artículo 1345: «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»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1293: «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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Fuentes nacionales del artículo 1327

Este artículo no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836; ni en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836; así como tampoco en el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936; y el Código Civil de 1936.

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba el tema en el artículo 194: «Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella ha derivado.— El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 183: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1346: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1294: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario».

3. Análisis de los artículos 1326 y 1327

Las normas contenidas en los artículos 1326 y 1327 regulan supuestos en que los daños que el incumplimiento generó no deben ser asumidos totalmente por el deudor. Así, en los referidos preceptos se rigen situaciones en las cuales el monto indemnizatorio no se corresponde con todos los daños y perjuicios padecidos, debido a que se configuran circunstancias atenuantes.

Al respecto, debemos señalar que esas circunstancias atenuantes se encuentran íntimamente vinculadas a la función preventiva que orienta a la institución de la responsabilidad civil.

En efecto, actualmente se reconoce que la prevención en la causa del daño es, por muchas razones, una de las funciones esenciales del moderno sistema de responsabilidad civil. Así, el énfasis de la institución no se restringe a las funciones tradicionales de reparación o de sanción, pues se comprende que la responsabilidad civil busca incentivar conductas diligentes con el fin de evitar la producción de daños.

La importancia del factor económico en el ámbito de la responsabilidad civil se advierte en los efectos de los costos de prevención sobre el criterio de la

diligencia exigible. Se trata, de esta manera, de determinar cuál es el grado de diligencia exigible en una situación dada, tomando en consideración los costos que aquélla origina.

Trimarchi destaca, en esta línea, que la responsabilidad contractual constituye una presión para inducir a un diligente cumplimiento de las obligaciones contractuales. El esfuerzo debitorio es inmediatamente traducible en términos de costo, de modo de poder ser confrontable con el peso de la responsabilidad contractual[3029].

En general, es claro que nuestro ordenamiento jurídico ampara la función preventiva de la responsabilidad civil, en tanto se preocupa por determinar los supuestos de causa no imputable y, asimismo, diferencia las consecuencias que asume el deudor frente al incumplimiento imputable.

Para analizar esta problemática debemos, primero, entender los alcances de la culpa desde la perspectiva económica, pues sólo así comprenderemos las consecuencias que conlleva su elección como criterio de imputación.

La nota distintiva de un sistema basado en la culpa, según anota Pier Giuseppe Monateri,[3030] es la existencia de un «[...] nivel mínimo de diligencia que exonera de responsabilidad, es decir, la existencia de un nivel de prevención que exime del resarcimiento del daño».

Frente a esta idea cabe cuestionar por qué debe existir ese nivel. La respuesta común de los juristas es que, si uno ha sido diligente, su actuar no puede ser reprobado; que, en tal caso, uno no puede estar obligado a resarcir al acreedor. En términos económicos, subraya el citado autor, la respuesta es distinta, pero igualmente persuasiva: la razón de la existencia de un nivel de diligencia que exime al deudor es inducir al acreedor a ser diligente. Esto sucede, advierte Monateri, puesto que existe una responsabilidad complementaria por el daño, que se traslada del deudor hacia el acreedor que hará frente a dicha transferencia de costes previstos con el fin de minimizar una responsabilidad complementaria semejante. El acreedor puede lograr este último resultado adoptando prevenciones. El criterio de la culpa induce, por ende, no sólo a los deudores, sino también a los acreedores a adoptar un comportamiento que permita el cumplimiento de la satisfacción de su interés. En ese sentido, una regla como la planteada es, en principio, eficiente por cuanto incentiva a ambas partes de la relación contractual a adoptar precauciones en el entendido de que, si no se conducen con el nivel de cuidado necesario, deberán asumir los costos que puedan generarse por su culpa o negligencia.

En general, el concepto de diligencia hace referencia al aspecto de la determinación de la exactitud del comportamiento contractual. Así, la diligencia suele

3029 Trimarchi, Pietro. *Op. cit.*, p. 92.

3030 Monateri, Pier Giuseppe. «Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo». En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 119 y ss.

entenderse como el comportamiento que usualmente debe desplegar alguien para realizar un determinado acto. Dicho en otras palabras, constituiría los cuidados mínimos exigidos a una persona para desplegar una conducta concreta.

Utilizando términos económicos, se puede afirmar que, en la mejor combinación, el costo marginal de invertir en precaución es igual al producto marginal de la reducción de la probabilidad de que ocurra un hecho que ocasione perjuicios al deudor o al acreedor de la relación obligatoria. Así, por debajo del nivel óptimo, los beneficios marginales de incrementar la precaución son mayores que el costo marginal de la precaución y, por lo mismo, la eficiencia indica que se deberían adoptar mayores precauciones. Pensando en términos marginales, entonces, se tiene que la última unidad monetaria gastada en prevención debe reducir los daños en una unidad monetaria. Ése sería el nivel eficiente de prevención[3031].

Entendiendo el rol preventivo de la responsabilidad civil contractual, podemos advertir que esta figura se encuentra regulada teniendo como una de sus principales funciones el estimular al acreedor y al deudor a adoptar una combinación de medidas de diligencia que sea óptima desde el punto de vista económico y justo desde el punto de vista jurídico[3032].

Lo anterior se traduce en una idea tan básica como esencial, esto es, que el que se encuentra en mejor posición de prever o impedir los daños es quien debe adoptar las medidas idóneas destinadas a evitarlos y, de no hacerlo, deberá asumir las consecuencias perjudiciales que ello pueda acarrear.

A partir de esa idea, también se puede afirmar que una parte es negligente, si la evaluación de los hechos determina que su conducta no se correspondió con el estándar de cuidado requerido o, lo que sería lo mismo, no siguió el cuidado debido, pues pudiendo hacerlo no adoptó la precaución que debió haber adoptado.

Como hemos advertido, los principios de justicia y eficiencia que inspiran la teoría de la responsabilidad civil por culpa, que hemos delineado, se encuentran plasmados en el artículo 1314 del Código Civil, según el cual el deudor sólo es responsable cuando el daño sufrido por el acreedor obedece a causa que le es imputable por no haberse conducido con la diligencia ordinaria. Esa regla ha sido complementada con las normas contenidas en los artículos 1326 y 1327.

El artículo 1326 establece una reducción del resarcimiento por actos del acreedor. El legislador de 1984 acertó al prescribir que si la conducta del acreedor, culposa o dolosa, hubiera concurrido, esto es, hubiera sido concausa del daño, el resarcimiento deberá reducirse. El deudor, por un principio no sólo de justicia sino también de eficiencia (incentivar a que el acreedor se conduzca diligentemente),

3031 Brown, John Prather. «Economic theory of liability rules». En Newman, Peter. *The new palgrave dictionary of economics and the law*. London: MacMillan, 1998, <http://people.ucsc.edu/~wittman/book.pdf>.

3032 Trimarchi, Pietro. *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

no deberá asumir todos los daños cuando el acreedor también causante (cocausante) de éstos.

En lo que respecta a la incidencia del hecho de la víctima como causa parcial del daño, ésta se presenta cuando existe culpa concurrente común, es decir, cuando la actividad del deudor y la del acreedor son determinantes en el desenlace. Parece racional que en ese caso cada parte deba soportar las consecuencias de su propio hecho. Esto es lo que se denomina compensación o concurrencia de culpas en la responsabilidad.

Comentando el citado artículo 1326 del Código Civil, uno de los autores de esta obra ha anotado[3033] que aquí se trata de una cuestión de apreciación que el juez debe evaluar según las circunstancias especiales de cada caso y resolver en la forma que parezca más equitativa, teniendo en cuenta la mayor o menor responsabilidad de cada parte. Así, la solución debe provenir de la regla de que cada sujeto soporta las consecuencias de sus actos en la medida de su imputabilidad: el deudor responderá de los perjuicios que su culpa ocasionó y el acreedor tendrá que sufrir esas consecuencias sin derecho a reparación, en cuanto provengan de la culpa propia.

Según Salvat[3034], ni la poca culpa debe valer exención, ni la mucha culpa responsabilidad por la falta ajena.

La doctrina coincide en que los jueces están facultados para valorar ambas culpas y atribuir a cada uno, proporcionalmente, la parte que le corresponde en la consecuencia dañosa respectiva. En esta asignación de proporciones no hay límites fijos y los tribunales gozan de un amplio poder de apreciación. Por lo general, se distribuye la reparación del daño en mitades, pero si hubiera un mayor grado de culpabilidad de uno de los responsables, nada obsta a que se le adjudique una porción mayor.

Se señala, asimismo, que habría que distinguir la concurrencia o compensación de culpas de otras figuras como la compensación judicial de deudas, la neutralización o compensación de actividades peligrosas y la reducción de culpas.

La compensación judicial, por ejemplo, es aquélla que se presenta cuando habiendo daños recíprocos se inician acciones o se da pie a reconvenciones mutuas y el juez resuelve pagar el daño del otro y viceversa, declarando la compensación de deudas para evitar que una de las partes pague y luego la otra intente eludir el pago. Sería algo así como el principio de economía procesal consagrado en el artículo V, tercer párrafo, del Código Procesal Civil, según el cual «el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales».

3033 Felipe Osterling Parodi en Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Op. cit.*, tomo v, p. 453.
3034 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo i, pp. 145 y 146.

Por otro lado, la neutralización o compensación de actividades peligrosas tiene lugar cuando tanto el agente como la víctima ejercen actividades peligrosas generadoras del daño y producen perjuicios para una sola de las partes o para ambas.

Por último, se habla de la reducción de culpas cuando ambas partes (demandante y demandado) han cometido una falta provocando que la culpa de la víctima reduzca la del agente y entonces se disminuya la indemnización correspondiente. La figura se asemeja mucho a la compensación o concurrencia de culpas, al menos en lo que respecta a los efectos de ésta.

Al referirse a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad concurrente, la doctrina señala que, si el perjudicado es responsable al originar o al agravar el daño, entonces el deber de indemnizar, así como su alcance, «depende de las circunstancias y en particular de la determinación de hasta qué punto el daño ha sido preponderantemente causado por una u otra parte»[3035].

En suma, la obligación de indemnizar puede ser disminuida o, inclusive, desaparecer, dependiendo del alcance de la responsabilidad concurrente[3036].

En primer lugar, señala Larenz, es decisiva la causalidad bilateral, no la culpabilidad, la cual sólo cuenta en las circunstancias a considerar en otros casos. «Causalidad», en sentido estricto, de acuerdo con las ciencias naturales, es concepto que no admite graduación: existe o no de modo absoluto. Si a pesar de ello la ley intenta diferenciar entre mayor o menor causalidad concurrente, se apunta que debemos recurrir a los diversos grados de «adecuación», de peligrosidad de

3035 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo I, p. 226.

3036 La Casación n.° 1321-2011-Santa, de fecha 5 de marzo de 2013, recoge un supuesto de culpa del acreedor e inexistencia de culpa del deudor, razón por la cual la citamos a pie de página: «*Vigésimo.* Con respecto al supuesto desconocimiento del contenido de la póliza, este Tribunal Supremo considera que no se ha acreditado los extremos de esta afirmación y que, por el contrario, los hechos sucedidos dan cuenta que sucedió todo lo contrario. Así: (i) El siniestro de inundación fue antecedido por el de incendio en la fábrica de la empresa demandante; (ii) Sucedido dicho incidente, la accionante recurrió al Banco para utilizar la póliza de seguros que sostiene en este proceso desconocer; y, (iii) Es en virtud de la cobertura que la póliza ofrecía que la demandante pudo hacerse pago de los daños sufridos. Siendo ello así vulnera toda regla de experiencia sostener que quien hizo uso de una póliza y se benefició con ella refiera después que desconoce su contenido. El Tribunal Supremo vuelve a reiterar que la empresa demandante no es un ciudadano común, sino una dedicada al rubro de negocios y con la posibilidad de conocer el contenido de éstos, de allí que resulte ilógico señalar que deba indemnizársele por la multitud de negligencias en la que la misma parte incurre, pues entonces tendría que haber ocurrido: (i) Que no se preocupó (a pesar de la obligación que le imponía la sexta cláusula contractual) de suscribir la póliza de seguros; (ii) Que recién se enteró de la existencia de la póliza a raíz del incendio que sufrió su Planta Industrial; (iii) Que utilizó la póliza pero no se informó de la cobertura que ofrecía; (iv) Que no se preocupó de sacar una copia de la misma ni dejó evidencias (ni en el Banco ni en la aseguradora) de querer que se le proporcione el referido documento; y, (v) Que teniendo un préstamo a pagar no se preocupó por los beneficios que un seguro le brindaba. Dicho comportamiento, en el supuesto que su aseveración sea verdadera, es de tal irresponsabilidad y desidia que demuestra que si alguna culpa existió fue la de la demandante y que quien no cumplió con sus obligaciones fue también ésta, lo que impide que se traslade la responsabilidad del perjuicio al Banco demandado».

una conducta o de una explotación industrial, como, por ejemplo, el uso de un automóvil o la intensidad de las fuerzas puestas en movimiento por uno y por otro. Se trata, por lo tanto, de una imputación de las consecuencias de hecho, en cuyo desenvolvimiento se encuentra en primer término la peligrosidad objetiva y su carácter típico.

Sobre la concurrencia de culpas del acreedor y del deudor, es del caso recordar la siguiente ejecutoria suprema, antigua, pero ilustrativa en la materia: «La empresa de transportes está obligada a conducir al pasajero sano y salvo al lugar de su destino.— Al fijarse la indemnización por el incumplimiento de esta obligación debe tenerse en consideración si el pasajero con su conducta contribuyó o no a causar el daño»[3037].

Ahora bien, conviene destacar que la interpretación y aplicación de esta norma no puede hacerse de manera aislada, pues lo que se impone es una lectura sistemática. De este modo, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 1329 del Código Civil, se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor, lo que implica que éste sólo responde por los daños que podían preverse al tiempo en que la obligación fue contraída (artículo 1321 del Código Civil).

Siendo ello así, si el acreedor desea exigir los daños que sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, pero imprevisibles al tiempo de contraerse la obligación, tendría que probar que el deudor se condujo con dolo o culpa inexcusable.

En conclusión, si el deudor desea que se reduzca el monto indemnizatorio que debe pagar, precisa probar que el acreedor es cocausante, pues su conducta dolosa o culposa colaboró para que se produzcan los daños o, al menos, para que ellos alcancen mayores dimensiones de las que hubieran tenido si el acreedor se comportaba diligentemente.

Aquí, otra vez, se aplica el principio según el cual quien alega algo debe demostrarlo. Tal principio, por supuesto, también es de aplicación respecto del artículo 1327 del Código Civil. En este caso, el deudor debe destruir la presunción que pesa en su contra, demostrando que los daños pudieron evitarse si el acreedor hubiera actuado con la diligencia que las circunstancias exigían.

Nótese que a diferencia del artículo 1326, la norma contenida en el artículo 1327 no supone la reducción del monto indemnizatorio en razón de que el acreedor haya sido cocausante de los daños. En este caso, entonces, no se discute si la conducta dolosa o culposa ha sido concausa de los daños. Lo que se discute es si

3037 Ejecutoria del 3 de abril de 1957. En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, n.° 162, Lima, 1957, p. 811.

el acreedor, actuando con la diligencia ordinaria, pudo haber evitado algunos de los daños provocados por el incumplimiento imputable al deudor.

Es de resaltar que, al igual que el artículo 1326, el artículo 1327 se inspira en los principios de justicia y eficiencia. Ello, en la medida en que una regla según la cual el deudor asumiera los daños que una conducta diligente del acreedor hubiera podido evitar, además de ser percibida como injusta, desincentivaría a los acreedores a comportarse con diligencia.

El deudor, sin embargo, sí tendría que responder por los daños que se generaron como consecuencia de su incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, que no podrían haberse evitado, aunque el acreedor hubiera actuado con la diligencia debida.

En ese sentido, se considera razonable que el deudor no deba resarcimiento por los daños que el acreedor perjudicado hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Se supone que ya ocurrió el incumplimiento; pero se supone, además, que el acreedor, por su parte, se ha abstenido culposamente de hacer algo para evitar el mayor daño. Es evidente que el acreedor no debe agravar con su propio comportamiento la situación del deudor que ha incumplido[3038].

Larenz[3039], al abordar el tema de la omisión de actos encaminados a evitar o disminuir el daño, señala que también existe responsabilidad para el perjudicado cuando éste omitió culposamente «llamar la atención del deudor sobre la amenaza de un daño considerablemente elevado que el deudor no conocía ni debía conocer», o «disminuir o evitar el daño» (artículo 254, parágrafo II, del BGB). Se trata aquí —según Larenz—, de una auténtica culpa, es decir, de la infracción de un deber jurídico. El deber de poner en conocimiento del deudor un peligro considerable, y no ordinario, presupone naturalmente un «deudor» (por lo tanto, una relación de deuda ya existente), y se deduce de la buena fe (artículo 242 del BGB). El deber de hacer todo lo exigible y posible para eludir el daño que amenaza (o la agravación del ya producido), y de disminuirlo cuando ya haya tenido lugar, es un deber de conducta que ha de fundarse en la «buena fe» y debe estar delimitado por ésta.

Explica Larenz que, según lo expuesto, en el caso de lesión corporal o de daño para la salud, el perjudicado está obligado a hacer por su parte todo lo necesario para el restablecimiento de su salud; por lo tanto, a someterse lo antes posible a tratamiento médico y a seguir las indicaciones del facultativo. Sin embargo —anota—, sólo está obligado a someterse a una operación cuando ésta sea relativamente fácil y no revista peligro, ofreciendo una segura perspectiva de curación o mejoría. Si a consecuencia del accidente el perjudicado ha perdido su colocación, está obligado a preocuparse de conseguir otra nueva y equivalente a la perdida. En caso de incapacidad para el trabajo en su profesión anterior, se le puede

3038 Felipe Osterling Parodi en Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Op. cit.*, tomo v, p. 453.
3039 Larenz, Karl. *Op. cit.*, tomo i, pp. 223 y 224.

exigir también un cambio de profesión, en armonía con su edad y aptitudes y con la capacidad de trabajo que le reste. Según Larenz, el mismo deber de disminuir los daños afecta a los terceros perjudicados que tengan derecho a indemnización. De ahí que también se pueda reclamar de la viuda de un fallecido la obtención de ciertos ingresos si se lo permiten sus deberes domésticos y si ello le es exigible en consideración a su edad, su salud, su preparación profesional y su anterior rendimiento en el caso en cuestión.

Por su parte, Barbero[3040] señala que el acreedor también está obligado a usar la ordinaria diligencia para impedir que el incumplimiento resulte más dañoso que lo inevitable. El apartado 2 del artículo 1227 del Código Civil italiano dispone precisamente a este propósito que «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor hubiese podido evitar usando la diligencia ordinaria».

Según el referido profesor, el valor de esta disposición es esencialmente el de establecer el deber jurídico del acreedor de no omitir cuanto puede a fin de limitar el daño; de manera que el mayor daño derivado de la omisión imputable al acreedor se considera como daño que tiene su causa en esa omisión, y ese supuesto no puede menos que salir del ámbito de la responsabilidad del deudor.

Agrega que un aspecto sutil separa las dos hipótesis del artículo 1227 del Código Civil italiano. El primer apartado refleja la hipótesis de que el hecho culposo del acreedor haya concurrido a ocasionar o a aumentar el daño, de manera que tal daño no encuentre en el solo hecho del deudor la causa suficiente de toda su entidad. El segundo refleja la hipótesis de que únicamente en el hecho del deudor esté la causa suficiente de toda la serie consecuencial, sólo que ésta hubiese sido menor si un hecho del acreedor, que se podía y se debía cumplir, no hubiese sido omitido. Añade el citado autor que esto quiere decir que en el primer caso el acreedor es imputado de haber concurrido por cuenta propia a apretar el acelerador, por ejemplo; en el segundo, es imputado por no haber apretado los frenos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3040 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, tomo III, pp. 88 y 89.

Nulidad del pacto de exoneración o limitación de responsabilidad

Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

1. Fuentes nacionales del artículo 1328

El artículo 1328 del Código Civil peruano de 1984 no registra antecedentes en el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836, así como tampoco en el Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836.

El Código Civil de 1852 abordaba indirectamente el tema en su artículo 1269: «Los contratantes están obligados a evitar el dolo y la culpa lata, en todos los contratos, y a responder por sus consecuencias»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890 no legislaba sobre la materia.

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 abordaba el particular en el artículo 313: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 299: «La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1310: «La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1321: «La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula».

Dentro del proceso de reforma del Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en su artículo 196: «Es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa inexcusable.— Es nulo también cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones derivadas de normas de orden público»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 184: «Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.— También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».

Finalmente, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 abordaba el tema en el artículo 1347: «Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.— También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público»; mientras que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1295: «Es nula toda estipulación que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.— También es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público».

2. Análisis

En lo que respecta a las cláusulas exoneratorias y limitativas de responsabilidad, el Código Civil aborda el tema en dos aspectos. El primero se refiere a la nulidad de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga; en tanto que el segundo está referido a la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

2.1. El caso del dolo y la culpa inexcusable

Como ha sido analizado oportunamente, el artículo 1318 del Código Civil establece que procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación; en tanto que el artículo 1319 señala que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Independientemente del elemento volitivo, en cuanto a querer incumplir con la obligación, que se halla presente en el dolo y no en la culpa inexcusable, en múltiples casos, como sabemos, la línea divisoria entre el incumplimiento doloso y el que obedece a culpa inexcusable es lo suficientemente tenue como para que el Derecho peruano haya considerado irrelevante —en materia de consecuencias jurídicas— si el incumplimiento de la obligación obedece a una causa o a la otra.

Esto, por la conocida expresión de los Mazeaud, en el sentido de que las consecuencias de la culpa inexcusable deben asimilarse a las del dolo, «para que el malvado no se haga pasar por imbécil».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las cláusulas exoneratorias de responsabilidad son aquéllas en virtud de las cuales el deudor no respondería por los daños y perjuicios causados al acreedor si su incumplimiento obedeciera a dolo o culpa inexcusable.

Por su parte, las cláusulas limitativas de responsabilidad son aquéllas en virtud de las cuales se pactan montos indemnizatorios muchas veces diminutos o notablemente reducidos para los casos en los cuales el deudor incumpla sus obligaciones por dolo o culpa inexcusable.

Habida cuenta de que el Derecho asimila las consecuencias de la culpa inexcusable a las del actuar doloso, lo que se quiere evitar con el primer párrafo del artículo 1328 del Código Civil es un incumplimiento impune para el deudor de la obligación, quien —de ser válidas esas cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad— se vería liberado o considerablemente aliviado, a pesar de haber incumplido la prestación por dolo o culpa inexcusable.

Si fuesen válidas las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad, cuando el deudor incumple por dolo o culpa inexcusable, en la práctica le sería indiferente cumplir o incumplir, ya que las consecuencias de su eventual incumplimiento no acarrearían el deber de resarcir los daños y perjuicios causados. Se trataría de lo que podríamos denominar como un «incumplimiento impune».

Si lo quisiéramos ver desde otra perspectiva, hasta se podría decir que el deudor se encontraría en una situación muy similar a aquélla en la que se hallaría de no haber asumido la obligación, ya que con su sola voluntad de no ejecutar la prestación podría obtener una liberación que el Derecho de Obligaciones no podría concederle de manera unilateral y abusiva.

Acierta el primer párrafo del artículo 1328 al extender la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los supuestos en que el deudor se valga de terceros para el cumplimiento de sus obligaciones, tema a cuyo tratamiento remitimos al lector.

2.2. El caso de las obligaciones derivadas de normas de orden público

El segundo párrafo del artículo 1328 del Código Civil establece la nulidad de las cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad para los casos en que el deudor o los terceros de quienes éste se valga para el cumplimiento, violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

La solución contenida en la norma citada es de plena coherencia, en la medida en que a través de una estipulación contractual no se podría contravenir normas de orden público, vale decir, preceptos de carácter imperativo.

Mal podría pensarse que las partes tendrían derecho de exonerar o limitar la responsabilidad del deudor en caso de que éste violara preceptos de orden público, ya que si así fuese se estaría permitiendo la derogatoria de la ley por un contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de incumplimiento por culpa leve. Carga de la prueba

Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

Artículo 1330.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1329

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 744: «No hay lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido»; mientras que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 2275: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; y el Proyecto de Código Civil de 1890, en los artículos 1441: «Ni la culpa ni el dolo se presumen: deben ser probados por el que los alega en su favor»; y 3045: «El obligado a entregar una cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito, está obligado a probar su inculpabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 3047».

Por otra parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 abordaba el tema en su artículo 319: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 305: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito, está en el deber de probar su inculpabilidad»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1315 «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1326: «El obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido, por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no abordaba el particular.

EDITORA JURÍDICA CASTILLO FREYRE

Por su parte, el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en su artículo 185: «Se presume, salvo prueba en contrario, que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor»; mientras que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 regulaba el tema en el artículo 1348: «Se presume, salvo prueba en contrario, que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 prescribía en el artículo 1296: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

2. Fuentes nacionales del artículo 1330

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 su artículo 903: «El que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Igualmente el que se cree libre debe justificar el pago, o el hecho que ha producido la extinción de la obligación».

No registran antecedentes sobre este tema, el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; el Código Civil de 1936 ni la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 regulaba el tema en su artículo 186: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1349: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1297: «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

3. Análisis de los artículos 1329 y 1330

Como sabemos, el incumplimiento de una obligación puede obedecer a causas imputables o no imputables al deudor.

En este rubro nos ocuparemos del tema de la carga probatoria de la imputabilidad ante el incumplimiento de las obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si bien es cierto que una obligación puede incumplirse por dolo, culpa inexcusable o culpa leve (vale decir, por causas imputables al deudor) o habiendo mediado caso fortuito, fuerza mayor, o a pesar de que el deudor hubiere empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (vale decir, por causas no imputables al deudor), es evidente que con frecuencia las obligaciones se incumplen por causas imputables a los deudores.

Por ello, la ley peruana ha adoptado una presunción de culpa en el incumplimiento, dado que el artículo 1329 del Código Civil establece que «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

Pero, como podrá apreciar el lector, la presunción establecida por el artículo 1329 no atribuye una actitud dolosa al deudor en situación de incumplimiento. En otras palabras, no se presume que el deudor incumplió deliberadamente su obligación. Tampoco se presume que el incumplimiento del deudor obedeció al más severo grado de culpa, vale decir, a culpa inexcusable. La presunción del precepto citado parte de considerar que el deudor incumplió su obligación por el grado más benigno de culpa, es decir, por culpa leve.

De otro lado, resulta claro que la presunción establecida por el artículo 1329 es *iuris tantum*, lo que equivale a decir que admite prueba en contrario.

En esa línea, la Casación n.° 2729-2009-Lima, de fecha 23 de agosto de 2007, señaló que la prueba del dolo o la culpa inexcusable corresponde ineludiblemente al perjudicado por la inejecución de la obligación, «*Sexto*. Cabe precisar que estamos frente a una responsabilidad de tipo contractual y, por consiguiente, la prueba del dolo o la culpa inexcusable, en los términos que establece el numeral 1330 del Código Civil, corresponde ineludiblemente al perjudicado por la inejecución de la obligación. En el presente caso, es obvio que quien debe acreditar que la profesional médica actuó con dolo o con culpa inexcusable al practicarse la operación —sustento de la demanda— es la propia demandante, quien arguye ser la perjudicada, lo que no ha sido acreditado con ningún medio de prueba idóneo; siendo inviable, según el espíritu de dicha norma, que la carga de la prueba se invierta en beneficio del eventual perjudicado».[3041]

Así, si el deudor no hubiese incumplido por causa que le fuere imputable, tendría el derecho de probar en juicio que su incumplimiento obedeció a causa no imputable, vale decir, que actuó con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o que incumplió por haberse producido un caso fortuito o de fuerza mayor.

Si el deudor llegara a demostrar tal condición, se vería exonerado del pago de cualquier indemnización por concepto de daños y perjuicios dentro del marco de lo que hemos venido expresando a lo largo de nuestro tratado.

3041 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 995. [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero nótese que cuando la ley establece la presunción de culpa leve en el artículo 1329 del Código Civil, ello tiene como correlato lo preceptuado por el tercer párrafo del artículo 1321, en el sentido de que, si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. Esto equivale a decir que el incumplimiento que obedezca a culpa leve no obliga al deudor a indemnizar los daños y perjuicios de carácter imprevisible, sino solamente aquéllos previsibles.

Por ello, el acreedor que ve incumplida la obligación podría no encontrarse conforme con la presunción del artículo 1329 del Código Civil (si no le bastara con ser indemnizado por los daños y perjuicios previsibles), sino también requerir el pago de los imprevisibles.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor tendría el interés y el derecho de probar en juicio que el deudor incumplió por dolo o por culpa inexcusable (desvirtuando la presunción del artículo 1329), para que se apliquen las consecuencias establecidas por el artículo 1321, en cuanto a que el deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable debe indemnizar la integridad de los daños y perjuicios causados al acreedor (es decir, los previsibles y los imprevisibles).

De allí que el Código Civil peruano de 1984 establezca en el artículo 1330 que «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

En síntesis, podemos expresar que el régimen probatorio establecido por el Código Civil con relación a la imputabilidad de los daños y perjuicios es, a nuestro juicio, equitativo y adecuado, preservando tanto los derechos del deudor como los del acreedor, y partiendo de los supuestos que resultan más comunes en la práctica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prueba de los daños y perjuicios

Artículo 1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

1. Fuentes nacionales del artículo 1331

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 su artículo 903: «El que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Igualmente, el que se cree libre debe justificar el pago, o el hecho que ha producido la extinción de la obligación».

No registraron antecedentes sobre la materia, el Código Civil de 1852; el Proyecto de Código Civil de 1890; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; el Código Civil de 1936; ni la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 trataba el tema en el artículo 187: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso», en tanto que el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1350: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso», y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1298: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

2. Fuentes nacionales del artículo 1332

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

LAURO MANUEL OSELLO REYRE

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.

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trataba sobre el particular en su artículo 193: «Si el daño no puede ser probado en su monto preciso, debe ser liquidado por el juez con valoración equitativa»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 188: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1351: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1299: «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

3. Análisis del artículo 1331

El régimen probatorio del Derecho Procesal Civil se basa en la regla de que aquél que alega un hecho debe probarlo[3042].

En este punto debemos precisar, ante todo, que el artículo 1331 no se refiere a la existencia del incumplimiento en sí, como tampoco a quién resulta imputable dicho incumplimiento, temas propios de los artículos 1229, 1329 y 1330, respectivamente.

El artículo 1331 dispone que es la parte perjudicada la que debe probar la existencia de los daños y perjuicios y de su cuantía.

Esta norma resulta en extremo importante, en la medida en que muchas veces se suele identificar y establecer una correspondencia, no siempre presente, entre el incumplimiento de una obligación y la existencia de daños y perjuicios.

Si bien es cierto que en muchos casos el incumplimiento de las obligaciones acarreará daños y perjuicios en detrimento del acreedor de la prestación, ello no siempre será así, en la medida en que en ocasiones el incumplimiento de la obligación no causa perjuicio alguno al acreedor e incluso puede acarrearle beneficios.

Un ejemplo en que el incumplimiento de la obligación no causa daños ni perjuicios al acreedor, pero tampoco lo beneficia, podría ser aquel en el cual un

3042 El artículo 196 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:
Artículo 196.- Carga de la prueba
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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

profesor que ha sido contratado para dictar un curso en una facultad de Derecho (es decir, que ha asumido una obligación de hacer con dicha casa de estudios) desiste de ello, enviando una carta a la universidad, disculpándose por no poder dictar el semestre para el que fue contratado.

Si el departamento académico de la facultad toma inmediato conocimiento del asunto, procede a buscar a un profesor que lo reemplace y encuentra inmediatamente a un catedrático de similares calidades académicas, profesionales y personales —que acepta dictar—, será evidente que el incumplimiento de esa obligación, por parte del primer profesor, no habría ocasionado perjuicio alguno a la universidad, ni la habría beneficiado.

Por otra parte, podríamos citar un ejemplo en el cual el incumplimiento del deudor origina beneficios patrimoniales al acreedor.

Imaginemos a una persona que da una orden de compra a una sociedad agente de bolsa para que adquiera en la rueda de bolsa de un día viernes, una cantidad de acciones muy apreciable de una determinada empresa financiera. El empleado de la sociedad agente de bolsa que debía encargarse de realizar la operación, decide no ir a trabajar ese viernes, y prefiere —de manera deliberada— irse a tomar el sol a su casa de playa. A las cuatro de la tarde del día viernes en cuya mañana debió realizarse la operación de compra de esas acciones (por un monto aproximado a US$ 10'000,000.00), la citada entidad financiera es intervenida y declarada en proceso de liquidación por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs.

Resulta evidente que en este caso el cliente de la sociedad agente de bolsa ha sufrido el incumplimiento de la obligación que dicha sociedad contrajo con él. También es claro que el incumplimiento de esa obligación obedeció a dolo del deudor, pues se trató de un incumplimiento deliberado, en los términos del artículo 1318 del Código Civil.

Pero aquí es obvio que el cliente no sólo no se ha perjudicado por el incumplimiento de la obligación, sino —muy por el contrario— se ha visto altamente beneficiado, ya que le ha evitado perder la fortuna que iba a invertir en comprar el paquete accionario de la entidad financiera, que luego de su intervención y liquidación por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs no valdría absolutamente nada.

Pero más allá de los ejemplos citados, y volviendo a lo preceptuado por el artículo 1331 del Código Civil, es claro que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde a quien se considere perjudicado, y que tales daños y perjuicios no aparecen siempre, lo que ha quedado demostrado con los ejemplos expuestos.

Nótese también que el referido artículo 1331 no sólo establece la obligatoriedad del acreedor perjudicado de probar la existencia de los daños y perjuicios que hubiere sufrido, sino adicionalmente su cuantía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4. Análisis del artículo 1332

No cabe duda de que el tema de la valoración de los daños resulta en extremo importante, sobre todo, porque es a través de las indemnizaciones que el Derecho trata de suplir aquellas deficiencias en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas y resarcir a los perjudicados, de manera tal que no se quebranten principios básicos de equidad y justicia.

En tal sentido, las siguientes líneas pretender analizar los alcances de la disposición emanada del artículo 1332 del Código Civil peruano, que establece que «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

Es verdad que el artículo 1332 constituye uno de los preceptos más útiles del Código Civil, y no nos cabe la menor duda de que es también uno de los preceptos que se utilizan con mayor frecuencia en la vida profesional, lo que no hace sino probar su utilidad.

El artículo 1332 es una de aquellas normas que nos ayudan a solucionar un problema, pero tiene también la virtud de ser una de esas normas que nos ayudan a obtener justicia.

Hemos tenido oportunidad de ver en diversas ocasiones sentencias judiciales o laudos arbitrales, en donde se invoca la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, para tratar de armonizar un monto indemnizatorio y ajustarlo lo más posible a la equidad.

Pero, uno de los puntos más controvertidos en torno al artículo 1332 es, no cabe duda, el relativo a los requisitos que se necesitan para hacerlo de aplicación.

Dentro de tal orden de ideas, el primer requisito indispensable para aplicar lo dispuesto en el artículo 1332, es qué quien alega haber sufrido algún daño, lo pruebe.

Por aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, quien alega un hecho debe probarlo, de manera tal que sería difícil admitir, dentro de ese razonamiento, que se pueda aplicar el artículo 1332 para hacer una valoración equitativa de los daños, precisamente cuando no se haya probado la existencia de un daño.

Nos explicamos.

Cuando se trata de cuestiones indemnizatorias, es claro que no siempre resultará fácil acreditar, es decir, probar, la existencia de daños y perjuicios, pero, como todos sabemos, es precisamente la existencia de esos daños y perjuicios, requisito indispensable para poder pensar en una eventual indemnización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decimos esto, por cuanto, salvo en materia de cláusulas penales, las indemnizaciones no tienen —dentro del Derecho nacional— otra finalidad que la resarcitoria.

Es decir, dentro del Derecho nacional, no cabe pensar en una indemnización de carácter punitivo, o que tuviera finalidad distinta a la de tratar de compensar al perjudicado por los daños y perjuicios sufridos, con un monto indemnizatorio que revierta su situación patrimonial o moral.

Ello, salvo que estuviésemos hablando de una indemnización derivada de una cláusula penal, en donde el monto indemnizatorio, además de cumplir una eventual función resarcitoria, sin duda podría tener una función punitiva, o una función disuasiva o incluso una función conminatoria.

Es más, cuando hablamos de una indemnización objeto de una cláusula penal, podríamos llegar al extremo de que esa indemnización no resarza, en estricto, ningún daño ni ningún perjuicio, por la sencilla razón de que no se haya producido daño o perjuicio alguno.

Entonces, queda claro que cuando nos referimos a la aplicación del artículo 1332, lo estamos haciendo en estricta relación con la función resarcitoria de las indemnizaciones.

Dicho esto, entonces, nos corresponde apreciar cuándo es que se considera probado un daño.

La interpretación que usualmente se efectúa del artículo 1332 del Código Civil, gira en torno a señalar que puede haberse probado el daño alegado, pero tal vez no se haya probado dicho daño en su monto preciso.

Dentro de tal orden de ideas, cabe formular una primera pregunta, y esa primera pregunta es la de si resulta posible probar la existencia de daños y perjuicios, pero no probar su monto exacto.

La respuesta no es sencilla, y sobre todo no lo es porque, como todos sabemos, en materia de responsabilidad civil no hay un caso tipo, no hay un caso modelo, habida cuenta de que la multiplicidad de supuestos indemnizatorios es tan variada como la vida misma.

Es verdad que hay algunas áreas del Derecho de daños en donde resultará más fácil la probanza que en otras.

Por ejemplo, no nos cabe duda de que, ante el incumplimiento de la devolución de un bien, terminado un contrato de arrendamiento, el tema indemnizatorio será más o menos claro para el juzgador.

Como tampoco nos cabe duda de que, ante un accidente automovilístico, en donde los daños causados a la víctima se limiten al planchado y pintura de su

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

automóvil, también será fácil demostrar la cuantía o monto exacto de tales daños y perjuicios.

Incluso, creemos que es más fácil en muchos casos probar los daños que probar los perjuicios, porque al fin y al cabo, los daños constituyen un menoscabo sufrido en el patrimonio actual de la víctima, en tanto los perjuicios constituyen un eventual o probable menoscabo al patrimonio futuro de la víctima y, por tanto, cuando hablamos de perjuicios, hablamos fundamentalmente de una especulación, especulación que necesitará evidente asidero legal y evidente asidero probatorio, pero especulación al fin y al cabo, porque nadie es dueño ni nadie conoce a ciencia cierta lo que pasará en el futuro, o lo que realmente la víctima dejó de ganar en el futuro.

En tal sentido, el supuesto óptimo en materia probatoria, es que la víctima pruebe haber sufrido un daño y, además, pruebe el monto exacto del daño sufrido.

Esto, sin duda alguna, ayudará enormemente a la labor de los jueces y árbitros, pues, de considerar fundada la pretensión indemnizatoria, en base a los medios probatorios que la sustenten, tendrá a mano todos los elementos para hacer justicia, y lograr que esa justicia sea lo más cercana a la realidad de los hechos, hechos que el propio juez o árbitro ya conoce.

Pero, existe una infinidad de supuestos que se alejan de este ideal probatorio en materia de indemnizaciones.

Sólo en materia de daños patrimoniales existen muchos casos en los cuales, el juez o el árbitro sólo percibe que, en efecto, la víctima ha sufrido un daño patrimonial, es decir, no le cabe duda de que el patrimonio de la víctima se ha visto menoscabado por el incumplimiento contractual o por el hecho dañoso del causante.

No obstante ello, es frecuente que, a pesar de que la carga probatoria corra a cargo de quien alega el daño sufrido, es decir, la víctima, dicho contratante pueda no haber aportado al proceso los medios probatorios idóneos para acreditar la cuantía de tales daños y perjuicios.

En otras palabras, de acuerdo a los hechos que quedan acreditados en el proceso, resulta incuestionable la presencia del daño.

Además, resultará incuestionable que ese daño ha sido causado por la contraparte.

Es decir, si se presentan todos los elementos de la responsabilidad, nexo causal incluido, la consecuencia no puede ser otra que una sentencia que declare fundada la pretensión indemnizatoria, pero esa sentencia tendrá ineludiblemente que recoger un *quantum* indemnizatorio; es decir, el juez o el árbitro no puede limitarse, como resulta evidente, a amparar una pretensión sin que ello conlleve ineludiblemente el amparar el monto indemnizatorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es así que, obligado a declarar fundada esa pretensión, el juez o el árbitro también se encontrará obligado a establecer cuánto es lo que hay que indemnizar, lo que lo obliga a tener que establecer una cifra, independientemente de si la víctima llegó o no a probar un monto preciso en esa materia.

Esto es simplemente una cuestión de lógica.

Es más, incluso en la hipótesis de que no existiera el artículo 1332 del Código Civil, los jueces y los árbitros tendrían siempre el ineludible deber de actuar conforme a la doctrina que inspira esta norma. Simplemente, no hay en el plano teórico alternativa alguna.

Dentro de tal orden de ideas, lo que hace el artículo 1332 es allanar el camino para que los jueces y los árbitros actúen con fundamento legal en materia de estas indemnizaciones equitativas.

Ahora bien, lo que debe quedar claro de esta primera etapa de nuestro análisis del artículo 1332, es que el juzgador no tiene un elemento del todo objetivo en el cual basarse a efectos de ordenar esa indemnización, pues resulta de evidencia que si el tema hubiese sido absoluta y pulcramente probado en juicio, pues no se tendría que recurrir al artículo 1332 y esa indemnización no se basaría en los criterios que inspiran esta norma, sino en las pruebas fehacientes aportadas en ese juicio.

Esto no significa que la parte perjudicada con el evento dañoso no haya intentado probar el daño en su monto preciso.

Es posible que sí lo haya intentado, pero para encontrarnos dentro del supuesto del artículo 1332, será claro que no habrá conseguido probar plenamente aquello que alega en materia del monto de esos daños y perjuicios.

Es así que los jueces, ante tales circunstancias, y habiéndose demostrado la existencia del daño, deberán actuar con criterio de equidad dentro de los límites de la pretensión indemnizatoria del demandante y estimando equitativamente qué proporción del total de esos daños y perjuicios reclamados, realmente tiene algún asidero legal.

No podemos decir lo contrario; tenemos que afirmar que la aplicación práctica del artículo 1332 pasa necesaria e ineludiblemente por una consideración de carácter subjetivo; ello, por cuanto es requisito de la aplicación de esta norma, como la propia norma establece, que «El resarcimiento del daño no hubiera podido ser probado en su monto preciso».

Entonces, si ese resarcimiento no pudo ser probado en su monto preciso, que hubiese sido el ideal en materia objetiva, no cabe otra respuesta que ingresar a un terreno subjetivo, el mismo que en esta materia es el último recurso que el Derecho tiene y otorga a los jueces y árbitros para aplicar justicia en materia indemnizatoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, la siguiente pregunta que corresponde formular es, cuán subjetiva resulta la facultad que otorga el artículo 1332 a los encargados de administrar justicia.

En otras palabras, si los jueces y los árbitros pueden aplicar el artículo 1332 a su leal saber y entender, o si existen parámetros de carácter objetivo para poder aplicar dicha norma.

Y también creemos que aquí la respuesta sólo puede ser una: y es que los jueces y árbitros no pueden hacer una aplicación absolutamente libre del artículo 1332, por el simple hecho de que ellos no están juzgando en abstracto, no están juzgando teóricamente una situación; ellos juzgan en concreto un caso, enmarcado dentro de un proceso y un proceso sustentado con medios probatorios.

De ahí que, si bien es cierto que la aplicación del artículo 1332, implica necesariamente recurrir a criterios de orden subjetivo en el juez o árbitro, esos criterios subjetivos tendrán que ser aplicados dentro de lo que significa el conjunto de medios probatorios aportados por las partes al proceso.

Ahora bien, es imposible ir más allá de este punto, en la medida en que para la aplicación de una norma tan rica y tan amplia en su ámbito de referencia como el artículo 1332, resulta evidente que, a diferencia de lo que uno pudiera pensar en materia indemnizatoria, con respecto a otras áreas del Derecho, uno no podría imaginar, por ejemplo, el establecimiento previo de tablas indemnizatorias o criterios preestablecidos para que los magistrados apliquen los alcances del artículo 1332.

Y ello sería totalmente ajeno a la naturaleza del referido artículo, en la medida en que para que lo apliquemos es necesario que nos hayamos salido de la certeza absoluta en materia objetiva.

Eso implica, naturalmente, que el artículo 1332 pone en un lugar de preferencia al juez o árbitro, porque sabe que en última instancia es él la única persona que, de acuerdo a su criterio indemnizatorio, deberá resolver en relación al monto pretendido en el proceso cuya resolución tendrá a su cargo.

Entonces, para cerrar el círculo, podríamos preguntarnos si los jueces tienen la posibilidad de aplicar el artículo 1332 con un criterio subjetivo.

La respuesta afirmativa se impone, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiendo por tal a aquélla que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir.

Es evidente que el artículo 1332 del Código Civil representa en materia indemnizatoria la última tabla de salvación de la justicia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, queremos citar la Casación n.° 456-2016-Lambayeque, de fecha 3 de junio de 2017, «*Sexto*. En efecto, según el artículo 1332 CC si se prueba la existencia de los daños, pero no la cuantía de forma precisa, serán los órganos jurisdiccionales los llamados a fijar el monto indemnizatorio de forma equitativa. Esta potestad del Juez debe ser entendida como una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador, quien, a través de su propia deliberación, forja una idea acerca de lo justo en relación al caso concreto; por tanto, es el propio juzgador la fuente de la decisión equitativa. Para dar la correspondiente solución de equidad, el juzgador cuenta, aunque no únicamente, con dos elementos: por una parte, su propia conciencia valorativa que le permite considerar, sopesándolas en su mayor o menor corrección, las alternativas de decisión que el caso permita; y, por otra parte, el propio caso o asunto que el juzgador deba resolver, cuyos hechos y circunstancias constitutivas delimitan un marco objetivo al que se circunscribe la atención y actividad de dicha conciencia valorativa. Lo anterior no significa que la solución de equidad se construya arbitrariamente por el juzgador; por el contrario, dicha solución vendrá determinada, en mayor o menor medida según los casos por los distintos antecedentes, elementos o factores, que combinados entre sí y debidamente ponderados por la percepción valorativa del juzgador, coadyuvan a formar el criterio de éste».[3043]

5. La prueba de los daños y perjuicios[3044]

Señores profesores, estimados colegas, queridos estudiantes,

5.1. Palabras liminares

Al empezar estas palabras, debo manifestar mi complacencia con el hecho de que nuestra Casa de Estudios, la Pontificia Universidad Católica del Perú, haya organizado este Congreso de Derecho Civil, que reúne a tan ilustres profesores nacionales y extranjeros.

El evento constituye una reafirmación de la importancia del Derecho Civil y de su permanente vigencia en la sociedad y en la vida de las personas.

Voy a hacer uso de la palabra en relación al tema de la prueba de los daños y perjuicios, el mismo que considero medular, no sólo por su importancia en el propio Derecho Civil, sino porque representa un notable punto de conexión con el Derecho Procesal, del que necesariamente se van a servir abogados, jueces y árbitros, a efectos de acreditar tales daños y perjuicios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3043 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 996-997. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3044 Este acápite, que se incluye en la tercera edición, se basa en el discurso, del mismo nombre, escrito y pronunciado por Mario Castillo Freyre en el Congreso Internacional de Derecho Civil organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, septiembre del 2013. Publicado en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2016, volumen 35, pp. 79-102.

En ese sentido, mi exposición versará fundamentalmente sobre el referido tema, partiendo del entendido de que en todos los casos en que trataremos acerca de él, se encontrarán presentes los otros factores de atribución de la responsabilidad.

Debo precisar también que mi exposición se centra en la prueba de los daños y perjuicios en sede de inejecución de obligaciones, aunque, por razones obvias, seguramente varios de esos conceptos, podrían también aplicarse a la responsabilidad civil extracontractual.

5.2. La naturaleza de la obligación incumplida

En primer término, debemos analizar cuál podría ser la naturaleza de la prestación incumplida, pues ello será determinante a efectos de la probanza de los daños y perjuicios que se aleguen.

Apreciaremos también, cómo el propio Código Civil, en muchos casos centra el tema indemnizatorio, estableciendo pautas para encaminar el reclamo respecto de determinados bienes o prestaciones.

En ausencia de disposición legal, estableceremos cuáles deben ser las pautas al respecto.

5.2.1. En las obligaciones de dar

En materia de obligaciones de dar bienes ciertos, el deudor incurrirá en incumplimiento en la medida en que no entregue el bien determinado en el título constitutivo de la obligación, conforme al artículo 1132 del Código Civil.

Dentro de tal orden de ideas, el acreedor afectado deberá probar los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega de ese bien cierto.

- Si se tratara de una obligación de dar bienes inciertos, en la que se hubiese indicado al menos la especie y cantidad, según lo previsto por el artículo 1142 del Código Civil, la elección corresponderá al deudor, salvo que resultara lo contrario de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso (artículo 1143, primer párrafo, del Código Civil).

El deudor incurriría en incumplimiento si escogiese y entregase bienes de calidad inferior a la media. De igual modo, si la elección corresponde al acreedor, éste incumpliría la obligación si escoge bienes de calidad superior a la media.

Si las partes hubiesen deferido la elección a un tercero y éste no escoge bienes de calidad media, también estaría incurriendo en incumplimiento (artículo 1143, segundo párrafo del Código Civil).

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1144, si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

corresponderá al acreedor; aplicándose igual regla, pero a la inversa, cuando la elección deba practicarla el acreedor. Si quien omite efectuar la elección es un tercero, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigirle el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

En todos estos casos la prueba de los daños y perjuicios corresponderá a quien alegue haberlos sufrido.

Es lógico pensar que, en este tipo de obligaciones, por lo general, quien incumpla no sólo con la elección de los bienes inciertos, sino con su ulterior entrega, será el deudor.

No obstante, de lo expuesto queda claro que el acreedor puede salvar una parte de ese incumplimiento, recurriendo a la elección por defecto. Sin embargo, dicho acreedor no podrá suplir la ausencia de entrega del bien por parte del deudor.

Nótese que, en estos casos, tanto en aquéllos en que la elección correspondía al deudor y la hizo el acreedor por defecto, como aquellos otros en los cuales la elección correspondía ser hecha por el acreedor o un tercero y habiendo sido realizada por éstos, el bien no fuera entregado por el deudor, el acreedor deberá centrar su reclamo de daños y perjuicios derivados de la falta de entrega del bien escogido, pues ya se trataría de un bien cierto.

Por su parte, en materia de obligaciones de dar bienes fungibles, es el deudor quien debe realizar la individualización del bien —salvo que se hubiera pactado algo distinto—.

En caso de que no se individualizara el bien o, a pesar de haberlo sido no se entregara, el acreedor tendría —entre otras medidas— expedito su derecho para solicitar la ejecución forzosa, así como reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de dicha obligación. En este tipo de obligaciones, el reclamo de daños y perjuicios será más fácilmente previsible que en los bienes inciertos, pues en los bienes fungibles todos los individuos son iguales.

Por lo demás, tanto en las obligaciones de dar bienes inciertos como en las de dar bienes fungibles, resultará difícil imaginar que ellas se incumplan por perecimiento de toda la especie, ya que comúnmente estamos hablando de especies de número ilimitado —salvo que se trate de una especie de número reducido, caso en el cual nos encontraríamos ante las obligaciones denominadas *unum de certis* o *incertum ex certis*, que, como sabemos, tienen solución jurídica distinta en caso de perderse toda la especie—.

Así, si la especie se perdiera sin culpa de las partes, el deudor no deberá indemnización alguna al acreedor (*periculum est debitoris*); si la especie pereciera por culpa del acreedor, es obvio que éste no tendrá derecho a reclamar daños y perjuicios, pero el deudor sí tendrá derecho a ellos, tanto en lo que respecta a la contraprestación pactada, si la hubiere, como con respecto a la propiedad de dichos bienes, si es que la especie hubiese pertenecido al deudor.

EDUARDO ANTONIO CASTILLO FREYRE

5.2.2. En las obligaciones de hacer

Como es evidente, la obligación de hacer debe ejecutarse conforme a lo establecido en su título constitutivo, de acuerdo al principio de identidad y a un cumplimiento normal y de buena fe de la prestación.

Sin embargo, precisa recordarse que la ley, en virtud de lo dispuesto por los artículos 1150 y 1151 del Código Civil, establece que el incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por una serie de medidas, que pasan —en términos generales— por exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; por exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste; o por dejar sin efecto la obligación.

En los casos previstos por los mencionados artículos, en adición al camino por el que opte el acreedor, éste también tiene derecho a exigir el pago de la indemnización que corresponda (artículo 1152).

Es claro que en estas obligaciones la valoración de los daños y perjuicios en algunos supuestos se puede tornar algo más complicada que en las obligaciones de dar.

Por lo general, la experiencia enseña que, tanto en las obligaciones de dar, como en aquéllas de hacer que concluyen en un dar, la prueba de los daños y perjuicios suele ser menos compleja, en tanto y en cuanto, finalmente, los tribunales pueden valorar un objeto material o una producción intelectual tal como debió quedar terminada o entregada.

En este sentido, esa construcción de un escenario sobre la base de un objeto susceptible de ser imaginado por los jueces, cuya ausencia de entrega cause daños y perjuicios, es más fácil de asumir a la mente humana que el valorar la no realización de una actividad que no concluiría con la entrega de un bien.

No obstante, esto no significa que el incumplimiento de las obligaciones de hacer no pueda ser probado en muchos casos con exactitud por parte del acreedor perjudicado, en tanto dicho acreedor se encuentre en capacidad de acreditar el daño emergente y/o el lucro cesante padecidos.

En sede de obligaciones de hacer, resulta necesario tener presente lo señalado por el artículo 1153, sobre el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, sin culpa del deudor; y las normas relativas al riesgo por imposibilidad de ejecución de la prestación por culpa del deudor (artículo 1154), por culpa del acreedor (artículo 1155) y sin culpa de las partes (artículo 1156); además de las consecuencias previstas para el caso en que el deudor obtuviera una indemnización o adquiriese un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida (artículo 1157).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.2.3. En las obligaciones de no hacer

Sobre las obligaciones de no hacer, diremos que todas ellas deben cumplirse con estricta abstención de aquello a lo que uno se ha obligado.

Debemos recordar que el Código Civil establece en su artículo 1158 que el incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; por exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor; o por dejar sin efecto la obligación; todo ello, sin perjuicio de la correspondiente indemnización a que hubiere lugar (argumento del artículo 1159 del Código Civil). Adicionalmente, y por remisión, se aplican los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157 del mismo Código.

No nos cabe duda de que en las obligaciones de no hacer la probanza de los daños y perjuicios no siempre será fácil.

Ante todo, habrá que probar el incumplimiento del deudor, vale decir, que hizo aquello que no debía.

En algunos casos, la probanza de tal incumplimiento será relativamente sencilla y en otros no.

Por ejemplo, en una obligación de no suministrar determinados productos a la competencia, bastará probar la existencia de tales productos elaborados por el deudor en los almacenes de la competencia, para acreditar el incumplimiento de la obligación.

En otros supuestos, ello será complicado, como en el caso del deudor que se ha comprometido a guardar en secreto los avances de una investigación científica que se viene realizando en un laboratorio.

En estos casos, el hecho de que tales conocimientos se encuentren en poder de terceros no necesariamente acreditaría el incumplimiento del deudor, pues tales secretos pudieron haberse filtrado a través de otras vías.

Pero, si se llegara a probar que el autor de tales filtraciones de información es el deudor, se le podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos.

5.3. El incumplimiento en las obligaciones de objeto plural

5.3.1. En las obligaciones conjuntivas

En las obligaciones conjuntivas, el deudor cumple ejecutando todas las prestaciones que constituyen objeto de la obligación.

Si se produjera un incumplimiento total o parcial sin culpa de las partes, el deudor no será responsable por dicho incumplimiento; en tanto que, si el incumplimiento obedeciera a culpa del acreedor, el deudor tendrá derecho a recibir el pago de la contraprestación pactada, si la hubiere.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, si el incumplimiento total, obedeciese a culpa del deudor, éste tendrá que indemnizar al acreedor por los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de todas las prestaciones; y, naturalmente, el acreedor no tendrá que pagar al deudor contraprestación alguna.

Si el incumplimiento del deudor fuese parcial, por causa imputable a él, quedará en manos del acreedor decidir si acepta un cumplimiento parcial o si tal cumplimiento parcial no le resulta de utilidad, dando la obligación por no ejecutada. En el primer caso, el acreedor deberá probar los daños y perjuicios que le causen las prestaciones incumplidas, en tanto que en el segundo, el acreedor deberá probar, como es obvio, los daños y perjuicios que le cause el incumplimiento de todas las prestaciones.

5.3.2. En las obligaciones alternativas

En las obligaciones alternativas, el Código brinda un tratamiento bastante pormenorizado de los supuestos de imposibilidad de una o más prestaciones por culpa del deudor.

Así, si todas las prestaciones son imposibles por su culpa, la obligación queda resuelta y éste debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere y pagar la indemnización de daños y perjuicios referidos a la última prestación que fuera imposible.

En caso sólo algunas prestaciones resulten imposibles, el Código no establece que el deudor deba pagar indemnización alguna, ya que como él debía realizar la elección, se limitará a escoger entre las subsistentes.

De otro lado, cuando la elección de la prestación corresponda al acreedor, a un tercero o al juez, la imposibilidad de todas las prestaciones por causas imputables al deudor hace que la obligación quede resuelta y éste deba devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere, y, asimismo, debe pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

En cambio, si algunas prestaciones son imposibles por causas imputables al deudor, el acreedor puede elegir alguna de las subsistentes; disponer, cuando ello corresponda, que el tercero o el juez la escoja; o declarar resuelta la obligación. En este último caso, el deudor devolverá la contraprestación al acreedor, si la hubiere, y pagará la correspondiente indemnización de daños y perjuicios referidos a la prestación imposible que el acreedor señale.

5.3.3. En las obligaciones facultativas

Como se recuerda, conforme al artículo 1168 del Código Civil, la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Habida cuenta de que en las obligaciones facultativas no se va a realizar una elección propiamente dicha, si el deudor incumpliere con ejecutarla por su culpa, tendrá que indemnizar al acreedor, estimándose los daños y perjuicios en base a la prestación principal.

Decimos esto, en razón a que el deudor nunca intentó cumplir con la pretensión accesoria. Simplemente no cumplió.

Distinto sería el caso en el cual, el deudor haya optado por cumplir con la prestación accesoria y haya realizado un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la misma.

En este caso nos resulta difícil pensar que la indemnización de daños y perjuicios se deba calcular en función de la prestación principal, pues ella no fue objeto de incumplimiento.

En ese sentido, al tratarse de un cumplimiento de estas características, el mismo deberá ser apreciado en función a la prestación accesoria, que es, precisamente, aquélla que, de una u otra manera, fue ejecutada.

5.4. El incumplimiento en las obligaciones de sujeto plural

5.4.1. En las obligaciones divisibles y mancomunadas

Si nos encontrásemos ante una obligación divisible y mancomunada, le serían aplicables las normas de las obligaciones divisibles (artículos 1172, 1173 y 1174), ya que las obligaciones mancomunadas no tienen normas propias, sino solamente un precepto de remisión (el artículo 1182), el mismo que establece que las obligaciones de esta naturaleza se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles.

Por tales consideraciones, en una obligación divisible y mancomunada —al estar obligado cada uno de los codeudores sólo por su parte—, tanto el cumplimiento como el incumplimiento se circunscriben a las relaciones personales de cada uno de los deudores que cumple o incumple, no repercutiendo la indemnización de daños y perjuicios a que eventualmente hubiere lugar, sobre quienes sí cumplieron con la parte que les correspondía.

En tal sentido, el acreedor perjudicado deberá probar exclusivamente los daños y perjuicios que le hubiese causado el deudor incumpliente.

5.4.2. En las obligaciones divisibles y solidarias

Si se tratara de una obligación divisible y solidaria, serían de aplicación los preceptos de la solidaridad, ya que la fortaleza de esta institución es incompatible con la debilidad de los principios propios de una obligación divisible.

En tal sentido, resulta aplicable la doctrina que inspira el artículo 1195 del Código Civil; es decir, que el incumplimiento de la obligación solidaria por causa

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

imputable a uno o a varios codeudores, determina que éstos respondan solidariamente por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables sólo contribuirán a dicha indemnización, también solidariamente, con el íntegro del valor de la prestación incumplida. Sin embargo, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán dicha indemnización.

5.4.3. En las obligaciones indivisibles y mancomunadas

Las obligaciones indivisibles y mancomunadas se rigen, además de las normas propias de las obligaciones indivisibles, por una serie de preceptos (los artículos 1184, 1188, 1192, 1193, 1194, 1196, 1197, 1198, 1199, 1203 y 1204 del Código Civil), que, si bien se hallan ubicados en el título de las obligaciones solidarias, son normas comunes a las obligaciones indivisibles, en virtud de lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1181 del referido cuerpo legal.

Sin embargo, si se tratara de una obligación indivisible y mancomunada, sería aplicable el artículo 1180 —norma propia de la indivisibilidad—; el mismo que prescribe que la obligación indivisible se resuelve en la de indemnizar daños y perjuicios, quedando obligado cada uno de los deudores culpables por el íntegro de la indemnización, en tanto que los codeudores no culpables sólo contribuirán con la parte de la indemnización proporcional al valor de su participación en la prestación incumplida. Empero, en las relaciones internas entre los codeudores, sólo los culpables asumirán el íntegro de la indemnización.

5.4.4. En las obligaciones indivisibles y solidarias

El segundo párrafo del artículo 1181, precepto relativo a las normas aplicables a una obligación indivisible y solidaria, establece (pecando por exceso y por defecto) que en estos casos —con excepción del artículo 1177— rigen las reglas de la solidaridad.

Por ello, si estuviésemos ante una obligación indivisible y solidaria, en materia indemnizatoria serían aplicables los principios previstos por el artículo 1195, que acabamos de explicar con ocasión del análisis del incumplimiento en las obligaciones divisibles y solidarias, razón por la cual nos remitimos a lo allí expresado.

5.5. ¿Quién debe probar el incumplimiento?

Conforme a la regla general del artículo 196 del Código Procesal Civil, 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.

En materia de inejecución de obligaciones, el Código Civil contempla una regla especial, la misma que parte de establecer una presunción. Así, el artículo 1329 señala que se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor. No obstante, el acreedor perjudicado deberá probar el incumplimiento, a menos que se trate de una

prueba diabólica, caso en el cual la carga de la prueba corresponderá al deudor; en tanto la alegación de incumplimiento corresponde siempre al acreedor.

Como sabemos, la inejecución de una obligación puede obedecer a causas no imputables al deudor, como el caso fortuito, la fuerza mayor o haber incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias; o provenir de causas imputables al propio deudor, tales como dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

No obstante, la regla de la experiencia enseña que, en la mayoría de casos, cuando se incumple una obligación, tal incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor y, generalmente, tal causa imputable es el dolo, lo que en derecho de obligaciones significa el incumplimiento deliberado de la prestación.

No obstante, el legislador civil ha sido lo suficientemente considerado, estableciendo sólo la presunción de culpa leve en contra del deudor, de manera tal que este último, para liberarse de tal presunción, deberá probar que su incumplimiento obedeció a una causa no imputable; en tanto que el acreedor, si desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá acreditar que el incumplimiento de éste obedeció a culpa inexcusable o dolo.

Decimos esto, por cuanto el artículo 1321 establece que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; pero la norma agrega que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que, como lo establece el artículo 1330 del Código Civil, la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En ese sentido, podríamos agregar que la prueba de descargo de responsabilidad, en el sentido de que la obligación se incumplió por causa no imputable al deudor, corresponderá a este último.

5.6. La prueba de los daños y perjuicios

Ya en lo que respecta a la prueba de daños y perjuicios y de su cuantía, diremos que ella siempre corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Esto no podría ser de otra forma, en la medida en que el reclamo de una indemnización por daños y perjuicios constituye la alegación de un hecho concreto (en este caso, el haber sufrido tales daños y perjuicios), razón por la cual la prueba de los mismos corresponde a aquél que invoca tal pretensión. Lo propio podemos decir en cuanto a la prueba de la cuantía de tales daños y perjuicios.

ESTUDIO JURÍDICO ESPINOZA

Nos encontramos, entonces, ante un tema de medular importancia, pues en todos estos casos rige el principio general, en el sentido de que aquél que alega un hecho, debe probarlo.

Las partes en litigio deben tener claro que ni las leyes procesales ni el Código Civil establecen alguna norma que señale alguna presunción a favor del perjudicado, a efectos de que se le conceda algún monto indemnizatorio.

En otras palabras, la cuantía de la indemnización no se presume; se prueba.

Y esta afirmación se extiende tanto a lo atinente a las indemnizaciones por daños y perjuicios patrimoniales como a las indemnizaciones por daño moral.

Es verdad que, en estos últimos casos, por lo general, será más difícil la probanza, pero la parte que pretenda tal indemnización deberá tomar los cuidados procesales del caso, a efectos de acreditar con todos los medios probatorios que estén a su alcance, tanto la existencia del daño, como la cuantía de la indemnización.

Ahora bien, hay casos en los cuales la parte que plantea esta pretensión logra probar de manera fehaciente la existencia de los daños y perjuicios, mas no tiene la misma suerte con la acreditación de su cuantía.

Para estos casos, el Código Civil ha contemplado una norma específica, el artículo 1332, el mismo que establece que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

Queda muy claro que esta última mención al juez, también es aplicable a los árbitros, en función de lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, que establece que a partir de su entrada en vigencia todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse hechas con respecto a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

Es así que, en cuanto a la probanza en materia indemnizatoria, los árbitros también gozan de la facultad concedida a los jueces por el artículo 1332 del Código Civil.

Esta norma es uno de los preceptos de mayor utilidad tanto en los procesos judiciales como arbitrales, pues, como lo vengo sosteniendo desde hace varios años, constituye la última tabla de salvación de la justicia, cuando el perjudicado por los daños y perjuicios puede probar fehacientemente la existencia del daño, pero no su cuantía.

De no existir esta norma, los tribunales deberían declarar infundada la pretensión indemnizatoria. El artículo 1332 faculta, en el fondo, a que dicha pretensión sea declarada fundada en parte, concediendo los jueces el monto indemnizatorio que consideren conveniente, utilizando —claro está— criterios de orden subjetivo, habida cuenta de que los criterios objetivos de probanza en materia

indemnizatoria no fueron suficientes como para que el acreedor de tales daños y perjuicios logre acreditar la cuantía exacta de su pretensión.

Pero ¿siempre habrá que probar la existencia de daños y perjuicios?

Si bien es cierto, la regla general parte de una respuesta afirmativa, en verdad, el Derecho Civil nos plantea en esta materia casos de excepción.

El supuesto central está constituido por la cláusula penal.

En los sistemas que optan por la inmutabilidad de la cláusula penal, no cabe demandar la reducción ni el aumento de la penalidad, razón por la cual tampoco tendrá sentido probar una cuantía de daños y perjuicios menor o mayor que la penalidad pactada; ello, por una razón muy simple: el monto a pagar ya está establecido y no se podrá variar.

Lo propio podríamos decir en los casos en que la penalidad inmutable haya sido establecida por la ley.

Si el sistema permite la reducción de la penalidad, como ocurre en el caso peruano (artículo 1346), se tendrá que probar el monto exacto de los daños y perjuicios sufridos, luego de haber acreditado la existencia del supuesto de hecho que amerite tal reducción (pena manifiestamente excesiva o que la prestación haya sido cumplida en parte o de manera irregular).

Ello equivale a decir que en el proceso se deberá acreditar el monto de los daños y perjuicios, con lo cual se va a desarrollar toda una actividad probatoria con respecto a tales montos, en donde el deudor tratará de demostrar que son mucho menores a la penalidad pactada, y el acreedor, en buena cuenta, tratará de probar que los daños y perjuicios reales son mayores o que, al menos, equiparan el monto de la cláusula penal convenida.

Algo similar ocurriría si el sistema de la cláusula penal permitiese no sólo la reducción, sino el aumento de la penalidad.

No olvidemos que el Código nacional establece en materia de penalidades la posibilidad de estipular la indemnización del daño ulterior (artículo 1341), caso en el cual nos encontraríamos en un supuesto similar al que acabamos de mencionar.

Ahora bien, deberíamos preguntarnos si la prueba de los daños y perjuicios también debe acreditarse en caso se tratare de una situación evidente, como sería la destrucción de un edificio por un acto negligente de la empresa constructora, que haya sido televisado; o que se trate de un hecho de pública notoriedad.

Consideramos que, en el primer caso, de todas maneras habría que probar que el hecho resulta evidente y, en el segundo, que es de pública notoriedad; pero en ambos casos, el perjudicado por el incumplimiento del deudor no estará eximido de la actividad probatoria propia de esta materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.7. Facilidad o dificultad probatoria

Si uno efectuara la clásica distinción entre daños patrimoniales y morales, no cabe duda de que la probanza de los daños y perjuicios resulta más fácil en los daños patrimoniales, pues se trata de cuestiones tangibles, materializadas por la ausencia de cumplimiento, ya sea en la entrega de cosas, la prestación de servicios o abstenciones.

Con mayor o menor grado de dificultad, resulta claro que el daño patrimonial es más fácil de probar que el daño moral.

Y dentro de los daños patrimoniales, si los dividimos en daño emergente o lucro cesante, por lo general, probar el daño emergente es más sencillo que hacerlo con respecto al lucro cesante, ya que hablamos de la afectación concreta al patrimonio preexistente de una persona.

Por el contrario, el lucro cesante muchas veces resulta más complicado de probar, pues implica una cierta adivinación del futuro, habida cuenta de que en ocasiones no es seguro que hubiese ocurrido aquello que se invoca, como que se pudo obtener y no se obtuvo.

No obstante, también hay casos de lucro cesante en donde la probanza será relativamente sencilla, como cuando se trata del incumplimiento de contratos con prestaciones conjuntivas, como es el caso típico del arrendamiento, en lo que respecta a la obligación del arrendatario, consistente en el pago de la renta.

En este caso, la prueba del lucro cesante es fácil, en la medida en que habrá que hacer un cálculo matemático muy simple, multiplicando los meses impagos de renta, por el monto de la renta pactado entre las partes.

Otro ejemplo en el que se probará fácilmente los perjuicios será aquél en el cual tales perjuicios estuviesen constituidos por los intereses legales moratorios de una suma dineraria adeudada, los mismos que, de acuerdo a la legislación nacional, constituirán la indemnización total que percibirá el acreedor, a menos que se hubiese pactado la cláusula de indemnización del daño ulterior.

No ocurrirá lo mismo, por ejemplo, si se tratare de un taller de reparaciones de vehículos que incumpla con reparar oportunamente el automóvil de una persona que hace taxi de manera esporádica e informal.

Como es evidente, en este caso, al tener tal condición, el taxista no otorgará ni boleta ni factura a sus clientes, con lo cual, la alegación de daños y perjuicios por la demora del taller seguramente terminará en la consideración absolutamente subjetiva del juez y en la aplicación del artículo 1332 del Código Civil.

Sin duda, habrá casos aún más complejos, como aquél en el cual una empresa haya incumplido con la entrega a otra, de la maquinaria que iba a constituir una nueva línea de producción de helados para este próximo verano.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

¿Cuál será el lucro cesante? ¿Cuánto habrá dejado de ganar la fábrica de helados?

Pues, será muy difícil saberlo, en la medida en que se trataría de construir un futuro que tal vez nunca hubiese existido, pues nada garantiza que las pretensiones de expansión de mercado de dicha fábrica se hubieren hecho realidad. Tal vez habrían fracasado rotundamente o, por el contrario, hubiesen tenido un éxito rotundo.

Sólo un aumento sostenido y debidamente probado de la producción de helados de dicha fábrica en los últimos años, podría garantizar que los jueces hicieran convicción sobre la existencia de tales daños y perjuicios; pero, aun así, la cuantía de los mismos siempre quedaría —en última instancia— a criterio de la magistratura.

En lo que respecta al daño moral en la inejecución de obligaciones contractuales, la experiencia de los tribunales de justicia, tanto en sede judicial como arbitral, enseña que el mismo es frecuentemente alegado, pero casi nunca probado. Y no olvidemos que, de acuerdo con el régimen legal peruano, para poder obtener alguna indemnización en esta materia, es indispensable probar la existencia del daño, probanza que recién autoriza a los jueces y árbitros a aplicar el artículo 1332, relativo a la valoración equitativa de los daños y perjuicios.

En ese sentido, consideramos que, de acuerdo con la legislación nacional, no es posible flexibilizar la probanza de la existencia del daño moral, pero sí consideramos que resultará más complicado probar la cuantía exacta del mismo.

¿Pero cómo valorizarlo?

En la historia del Derecho Civil se han esbozado múltiples teorías.

En ese sentido, algunas teorías pasan por tomar como referencia para su valoración, la del daño patrimonial padecido en el mismo caso por el incumplimiento de la misma obligación.

Sin embargo, tales teorías adolecen de un vicio de partida importante, ya que hay casos en los cuales se aprecia la existencia de considerables daños patrimoniales, pero los daños morales no guardan proporción alguna con aquéllos.

Dentro de tal orden de ideas, no es posible aplicar un efecto espejo en cuanto a la valoración de unos y otros. Por lo demás, si esta teoría se tuviese que aplicar, queda claro que bastaría con probar el daño patrimonial y dejar de probar el daño moral, y, de todas maneras, se deberían declarar fundadas ambas pretensiones.

Esto equivaldría a decir que el acreedor cobraría injustamente el doble de aquello que se le debe.

Otro criterio muy difundido para valorizar el daño moral es el referido a cuantificarlo en relación a la gravedad de la falta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta tesis parte de la idea de estimar indemnizaciones mayores, cuando el daño moral hubiese sido causado por dolo, disminuyendo los montos indemnizatorios, cuando el mismo haya sido causado por culpa inexcusable, y disminuyéndolos aún más, cuando hubiere sido causado por culpa leve.

Dicha tesis resulta profundamente equivocada, en la medida en que, en sede de inejecución de obligaciones, lo que se indemniza son los daños y perjuicios realmente causados y no la gravedad de la acción del incumplimiento o factor de atribución.

Otro criterio entiende que el daño moral debe ser valorizado de acuerdo a la conciencia social media.

No discrepamos del todo de esta tesis; no obstante lo cual, ella se aleja de la situación concreta, en la medida en que la valorización del daño moral no debe darse en abstracto, sino en concreto, para el caso del incumplimiento específico frente al que nos encontremos.

Otra teoría es la de los placeres compensatorios, la misma que sostiene que la indemnización dineraria debe ser equivalente al valor del dolor sufrido.

En otras palabras, el placer compensatorio consiste en que, al haber violado un derecho del acreedor (ya que se le ha causado un daño moral injusto e ilegal), y considerando que tal daño no resulta susceptible de ser resarcido en especie, dado que su consumación conllevó a que el acreedor haya visto violentados definitivamente sus derechos, dicho acreedor deberá ser beneficiado por el derecho con una prestación indemnizatoria que, obviamente, no sustituirá el daño moral causado, pero proporcionará al afectado la posibilidad de disfrutar con el monto de tal indemnización, otros placeres que le lleven a «olvidar» tal daño.

De ahí el nombre de «placeres compensatorios».

, No dudamos de que en el fondo toda indemnización por daño moral implica la satisfacción de un placer compensatorio, pero discrepamos en el sentido de considerar que la finalidad del resarcimiento sea ésta. El resarcimiento no tiene por finalidad brindar otro placer; sólo tiene como objetivo resarcir el daño moral causado.

Esto significa que, si tal resarcimiento indemnizatorio ocasiona de manera indirecta que el acreedor moralmente afectado disfrute del mismo, en distintos sentidos, ello deberá considerarse irrelevante para efectos de la calificación de la finalidad de tal indemnización.

Por último, debemos manifestar a este respecto que coincidimos con el criterio de la prudencia judicial, habida cuenta de que todos los medios probatorios que aporten hacia la probanza de un daño moral fruto del incumplimiento de obligaciones, tendrán que ser valorados en conjunto por los magistrados; y determinar en qué medida ellos, exclusivamente, prueban la existencia de los daños alegados, o si a lo mejor, concurrieron o pudieron concurrir otros factores.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

La experiencia vivida en la actividad arbitral me enseña que, de los pocos casos en que los tribunales amparan en el Perú el daño moral en controversias entre empresas, en esos pocos casos la cuantía de los daños y perjuicios queda a libre criterio de los tribunales.

Como podemos apreciar, finalmente, los montos indemnizatorios son aplicados por los tribunales, conforme a la regla del artículo 1332, en base a fundamentales criterios de justicia.

Por lo demás, esta solución atiende al objetivo de no dejar desprotegida a la víctima, por lo que, probados los elementos de la responsabilidad por inejecución de obligaciones, entre ellos, el daño, pero no su monto preciso, los tribunales no pueden dejar de impartir justicia.

5.8. Medios probatorios aceptados

En materia de la prueba de los daños y perjuicios no existe restricción alguna que impida aplicar las reglas generales del Código Procesal Civil.

En tal sentido, deberá tenerse en cuenta que los medios probatorios tendrán por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes; producir certeza en los tribunales respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188 del Código Procesal Civil).

Asimismo, resultará aplicable el principio de legalidad, recogido por el artículo 191 del referido cuerpo legal, que establece que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en ese Código, son idóneos para la finalidad prevista en el artículo 188.

En otras palabras, y dado que no vamos a analizar el régimen probatorio del Código Procesal, diremos que, en materia de la prueba, tanto del incumplimiento como de los daños y perjuicios, resulta plenamente aplicable el régimen probatorio general del Código Procesal Civil.

5.9. Valoración de la prueba

En los procesos judiciales en el Perú, rige el sistema de libre valoración de la prueba, contenido en el artículo 197 del Código Procesal, el mismo que establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

La Ley de Arbitraje no es tan explícita como el Código Procesal Civil, cuando acoge el principio de libre valoración de la prueba, pero lo hace de manera sutil en su artículo 43, el mismo que establece que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la actuación de aquellas que estime necesarias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, la valoración de los medios probatorios en materia indemnizatoria, tanto en los procesos civiles como en los arbitrales, estará sujeta al mismo principio, el de libre valoración de la prueba, que sustituyó al régimen de la prueba tasada, que recogía el Código de Procedimientos Civiles de 1912, derogado en 1993.

5.10. Consideraciones finales

Para finalizar, debemos decir que las consideraciones expresadas evidentemente no agotan el tema de la prueba de los daños y perjuicios; sólo constituyen unas pinceladas en donde he tratado de ser lo más objetivo posible en cuanto al desarrollo del tema en el régimen legal peruano; y en donde también podemos apreciar que el Código Civil, en sede de Derecho de Obligaciones, contiene un régimen sumamente adecuado en lo que respecta a las pautas y criterios que se deben seguir a efectos de la prueba de la existencia del daño y de su cuantía.

En ese sentido, concluyo estas palabras, poniéndolas a consideración del público y de los prestigiosos juristas que nos acompañan.

Muchas gracias

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPÍTULO SEGUNDO
MORA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al haber concluido con el análisis de la teoría general de inejecución de las obligaciones, el lector podrá apreciar que en el estudio de esta materia hemos abordado el fenómeno del incumplimiento desde una perspectiva lo más amplia posible.

Finalizada esa parte de nuestro trabajo, corresponde ahora tratar el tema de la mora.

La mora, figura íntimamente vinculada al incumplimiento de las obligaciones, tiene una regulación integral y orgánica en el Código Civil peruano de 1984.

La palabra «mora» (y sus derivados) es utilizada con relativa frecuencia por el Código Civil en el Libro de Derecho de Obligaciones. Así, según lo establece 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, regla que no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora.

En materia de obligaciones de hacer, el artículo 1154 prescribe que si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda; en tanto que la misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

Asimismo, el artículo 1155 dispone que 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.

Por su parte, el artículo 1194 señala que la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto de los demás. Y agrega que la constitución en mora del deudor —por uno de los acreedores solidarios— o del acreedor —por uno de los deudores solidarios— favorece a los otros.

En el tema de intereses, el artículo 1242 establece que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, y moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

FONDO EDITORIAL GASTILLO TREYRE

El artículo 1243, a su turno, prescribe que la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, y anota que cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor; y el artículo 1246 añade que 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.

En materia de inejecución de obligaciones, según lo indica el artículo 1324, 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. Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento.

El capítulo segundo del Título de Inejecución de Obligaciones se denomina «Mora». En él tenemos al artículo 1333, que establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación; pero luego anota cuatro casos en que no es necesaria la intimación para que la mora exista.

Dentro de esta temática también hallamos al artículo 1334, según el cual en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda, exceptuándose de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985, relativo a la responsabilidad extracontractual.

Por su parte, el artículo 1335 prescribe que en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá; en tanto que el artículo 1336 dispone que 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 obedezca a causa que no le sea imputable, salvo que pruebe que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente.

También apreciamos el artículo 1338, que establece que 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 obligación; el artículo 1339, que ordena al acreedor en mora indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso; el artículo 1340, que indica que el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor; y el artículo 1342, conforme al cual cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de

un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

En sede de mandato, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1797, el mandatario puede abstenerse de ejecutar el mandato en tanto el mandante estuviera en mora frente a él en el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1996, se interrumpe la prescripción por intimación para constituir en mora al deudor.

De otro lado, la expresión «morosidad» sólo es empleada por el artículo 1337, al prescribir que 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 compensatorios.

Como se advierte de los preceptos citados, la mora constituye una parte sustancial de la teoría general del incumplimiento, aunque por razones de orden y sistemática vamos a analizarla de manera independiente, siguiendo el ordenamiento temático del Código Civil en el que se basa nuestro *Tratado de Derecho de las obligaciones*.

Dentro de tal orden de ideas, resulta difícil empezar a ocuparnos del tema de la mora sin describir un panorama previo en el que ésta pueda tener su lugar natural, porque si bien existe directa ligazón entre la mora y el incumplimiento de las obligaciones, esa relación no se da necesariamente en todos los temas de inejecución de obligaciones.

En tal sentido, e independientemente del análisis puntual que efectuaremos con posterioridad, resulta imprescindible delimitar el ámbito donde se desarrolla el fenómeno moratorio.

Hemos dicho en reiteradas ocasiones que la obligación tiene una evolución temporal susceptible de ser comparada con la vida del ser humano. Las obligaciones nacen ya sea por efecto de la voluntad humana, en donde el fenómeno contractual ocupa lugar preponderante, o en virtud de la normativa legal, fuente generadora de innumerables obligaciones de la más variada naturaleza. Pero las obligaciones nacen para cumplirse, razón por la cual la mecánica de existencia de una obligación y del Derecho positivo que la sustenta se dirigen a obtener aquella finalidad natural, cual es el cumplimiento o pago en la relación obligacional.

Como sabemos, las obligaciones tienen vocación de efímera existencia ya que, por lo general, las personas —por lo general— no se obligan a pagar en tiempo impreciso y lejano, sino en tiempo determinado y cercano.

De este modo, cuando el deudor cumple con aquello que debe, paga; y el pago, como medio idóneo de extinción de las obligaciones, pone fin a la existencia de una relación jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, no todas las obligaciones se cumplen. En este punto es donde puede tener lugar el fenómeno moratorio.

Como ha sido expresado oportunamente, el incumplimiento es una conducta contraria a Derecho, y, como tal, susceptible de generar determinadas consecuencias, entre las cuales se encuentran algunas de orden indemnizatorio que ya han sido estudiadas.

Este incumplimiento puede derivarse tanto de la inejecución de una obligación contractual, caso en el cual sería de aplicación lo previsto por los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, como de la responsabilidad civil extracontractual, emergente de los artículos 1969 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Sin duda, la normativa en ambos casos es diferente, tal como ha sido expresado en su momento. Sin embargo, se trata de dos aspectos relativos al incumplimiento de las obligaciones, lo que se traduce al expresar que si bien difieren en muchos aspectos, existen determinados supuestos comunes a ambos tipos de responsabilidad dentro de los cuales se encuentra el fenómeno moratorio.

Nunca habrá mora sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta forma, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso, dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de mora antes de que exista incumplimiento.

Por ejemplo, si se trata de una obligación que se hubiera contraído sin plazo para su cumplimiento, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, en virtud del cual el acreedor podría exigir el pago inmediatamente después de concertada la obligación.

Esto significa que en la medida en que resulte posible la aplicación estricta del artículo 1240, el incumplimiento se presentará si el deudor no cumple de inmediato con pagar. Por tanto, ahí podría tener lugar el fenómeno moratorio.

Sin embargo, como sabemos, lo previsto por el artículo 1240 no siempre podrá ser aplicado automáticamente, ya que existen supuestos en que el cumplimiento de las obligaciones sin plazo no podría ser exigido de inmediato, teniendo en consideración su naturaleza y las circunstancias del caso.

Aquí no podría el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación sin haber procedido a adicionar un plazo razonable para que el deudor pueda dar cumplimiento a ésta.

Y resulta evidente que en las obligaciones sujetas a plazo suspensivo, el deudor no se encuentra en el deber de pagar antes del vencimiento del plazo, así como tampoco el acreedor se encuentra en la posibilidad legal de exigir el pago antes del acaecimiento de dicho plazo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por tanto, en todos los supuestos mencionados, mientras no haya incumplimiento no será susceptible la existencia de la mora.

Sin embargo, cabe precisar que en aquellas obligaciones de índole modal, sujetas a plazos resolutorios, resulta claro que sí podrá haber mora antes del vencimiento del plazo, en la medida en que dichas obligaciones deben ser ejecutadas durante la vigencia de éste y, por lo tanto, su eventual incumplimiento se producirá necesariamente antes de vencido el plazo.

No resulta fácil definir el incumplimiento en sentido positivo. Es más sencillo hacerlo en sentido negativo, por oposición al cumplimiento.

Así, podemos afirmar que se incumple una obligación cuando ésta no se ejecuta de acuerdo con los fundamentos que inspiran el pago, vale decir, conforme a los principios de identidad (el mismo que responde a la pregunta *qué* se debe pagar), integridad (*cuánto* se debe pagar), oportunidad (*cuándo* se debe pagar) y lugar de pago (*dónde* se debe pagar).

De esta forma, si estuviéramos en presencia de una obligación ejecutada conforme a los principios mencionados, se habría producido el pago propiamente dicho, quedando extinguida la obligación.

Podrían presentarse determinadas variaciones en torno de este tema.

En el supuesto extremo de incumplimiento total o ausencia de pago, estaríamos frente a un no pago o incumplimiento absoluto de la obligación. Pero, como dijimos al analizar las obligaciones de hacer, ese incumplimiento absoluto podría sufrir determinadas alteraciones, en la medida en que el deudor ejecutase su obligación de modo anticipado o tardío (en lugar de hacerlo en tiempo oportuno), de modo parcial o excesivo (en lugar de hacerlo de modo íntegro) o de modo defectuoso (en lugar de proceder a efectuar un cumplimiento idóneo de la obligación).

Si bien en todos estos casos se habría producido —en cierta forma— un cumplimiento de la obligación, al no tratarse de un cumplimiento exacto también estaremos hablando de determinadas formas de incumplimiento de la propia obligación. Y ante la presencia del incumplimiento podría darse, naturalmente con las salvedades que serán materia de estudio, la presencia del fenómeno moratorio.

En adición a lo expuesto, cabe expresar que la doctrina es muy clara al admitir que el ámbito de la mora se extiende prácticamente a todo el universo de las obligaciones.

Así, podríamos hablar de mora en las obligaciones de dar y en las obligaciones de hacer.

Tradicionalmente la legislación y doctrina han sido reacias a aceptar la presencia de la mora en las obligaciones de no hacer. La doctrina tradicional la niega, en posición compartida por muchos códigos civiles, dentro de los que —aunque

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no explícitamente— se encuentra el Código Civil peruano, lo que se desprende del análisis de las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, hace ya varias décadas se han dejado escuchar diversas posiciones favorables a admitir la existencia de la mora en las obligaciones de no hacer. No obstante ello, no vamos a adelantar opinión y nos pronunciaremos al respecto cuando analicemos el tema de manera específica.

Con independencia de su naturaleza, la mora también es aplicable a las obligaciones de objeto plural, ya sean éstas de carácter conjuntivo, alternativo o facultativo.

El Código Civil peruano de 1984 no ha ingresado a legislar puntualmente el fenómeno moratorio en las obligaciones atendiendo a su naturaleza o a la pluralidad de objetos.

Pero sí lo ha hecho al abordar las obligaciones de sujeto plural, en el artículo 1194, precepto que establece que «La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.- La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros».

Esta norma se aplica a las obligaciones indivisibles y mancomunadas, de acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil, así como a las obligaciones divisibles y solidarias y a las obligaciones indivisibles y solidarias, en este último caso de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181.

Sin embargo, el estudio de la mora en esta clase de obligaciones será desarrollado posteriormente.

2. El régimen legal de la mora en el Perú

El Derecho peruano mantiene una doble regulación en torno al tema de la mora, ya que ésta se halla legislada en el Código de Comercio, promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

No obstante que el sistema de constitución en mora previsto por el Código Civil difiere de la regla general del Código de Comercio, ello no constituye novedad, en la medida en que el Código de 1984 no ha hecho sino recoger los antecedentes uniformes de los códigos civiles de 1836, 1852 y 1936.

El Código de Comercio, como su nombre lo indica, no tiene aplicación a todas las relaciones jurídicas que se generan en una sociedad. Los dos primeros artículos de dicho Código son muy claros al respecto, cuando establecen lo siguiente:

> Artículo 1.- Son comerciantes, para los efectos de este Código:
>
> 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

Artículo 2.- Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas por las del derecho común.

Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga.

Los preceptos citados del Código de Comercio se encuentran vigentes, ya que no han sufrido modificatoria ni derogatoria alguna a lo largo de más de un siglo desde que se promulgaron.

Sin embargo, hoy en día no resulta muy clara la delimitación de los actos de comercio, en contraste a aquellos otros que resultan propios del Derecho común o Derecho Civil; ello debido a que la actividad mercantil no se circunscribe en los tiempos modernos a un reducido o determinado sector de personas o comerciantes, sino que se extiende a la sociedad en su conjunto y a un gran número de sus actores.

La poco perceptible línea divisoria entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil es descrita con propiedad por Joaquín Garrigues[3045], cuando manifiesta que la coexistencia en una misma legislación de un Código Civil y otro Mercantil plantea en primer lugar una cuestión de límites en ambos Derechos, que se resuelve por medio de normas delimitadoras que contiene el Código de Comercio, las cuales sirven para decidir en cada caso cuál de los dos ordenamientos jurídicos se debe aplicar con preferencia a un acto o contrato determinado.

El problema de aplicación de la norma, que según refiere Garrigues es común a todo el Derecho objetivo, se complica en el Derecho Mercantil, con una cuestión de fronteras respecto del Derecho Civil, que ofrece una doble fase: en primer lugar habrá que determinar si el acto en cuestión es o no mercantil, conforme a la regla del artículo 2 del Código de Comercio (artículo que coincide en numeración en España y en el Perú, pues no debemos olvidar que nuestro Código de Comercio se inspira fielmente en el Código español); en un segundo momento habrá que elegir dentro del Código de Comercio las normas específicas más adecuadas a la situación de hecho de que se trata, aislando ésta en sus elementos jurídicamente sensibles y determinando, en fin, las normas del Derecho Civil que en defecto de las genuinamente mercantiles han de ser aplicadas también según el orden establecido en el mismo artículo 2 del Código de Comercio.

3045 GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 7.ª edición. México: Porrúa, 1984, tomo I, pp. 28 y 33.

Más adelante, anota Garrigues, el método de observación de la realidad demuestra que los fenómenos económicos y, por lo tanto, las exigencias técnicas que dieron origen al Derecho Mercantil como Derecho de los comerciantes, no son los mismos que tienen hoy las grandes empresas mercantiles e industriales. Señala que el tráfico en masa con el público que los caracteriza hace que hoy el Derecho Mercantil se extienda a todos los ámbitos de las sociedades como un fenómeno de «generalización» u «objetivación».

Además, las operaciones tradicionalmente reservadas a los comerciantes se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos, y de esta forma se aprecia que desaparece en gran parte de la realidad del tráfico la vieja dicotomía entre contratos civiles y mercantiles (lo que se vio reflejado por el paso unificatorio dado por el Código Civil peruano de 1984 en su artículo 2112 respecto a los contratos de compraventa, permuta, mutuo y depósito), y la distinción —por ciertas características— de las obligaciones civiles y mercantiles (como sería el caso de la ausencia o presencia de formalidades, por presumirse la mancomunidad o solidaridad de las obligaciones, etcétera).

En definitiva, según Garrigues, se produce una «comercialización del Derecho Civil» y una emigración al campo del Derecho general de las obligaciones de una serie de instituciones que antes regulaban los códigos de comercio y, por consecuencia de esto, una reducción del número de los contratos que conservan el calificativo de mercantiles.

Con relación a la oportunidad de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio establece lo siguiente:

> Artículo 62.- Las obligaciones que no tuvieren términos prefijados por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución.

En torno de la constitución en mora, el tema se encuentra legislado por el artículo 63 del referido Código, norma del texto siguiente:

> Artículo 63.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:
>
> 1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
>
> 2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público.

Entonces, queda claro de la lectura de las normas citadas que el Código de Comercio optó en 1902 por establecer como regla la mora automática para aquellos contratos en los que se hubiere establecido fecha para el cumplimiento de la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligación (vale decir, para aquellas obligaciones que escapan a los alcances del artículo 62).

En cambio, para las obligaciones que no tuvieren términos de pago establecidos por las partes, o por la ley (supuesto del artículo 62), rige el sistema de la mora por intimación, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 63 del Código de Comercio.

Por otro lado, en materia civil el sistema de constitución de mora imperante es el inverso, ya que se establece, como regla general, la mora por intimación y, como supuestos excepcionales, los de la mora automática.

Ello se desprende, lo reiteramos, de la lectura del artículo 1333 del Código Civil, precepto que establece en su primer párrafo la mora por intimación y luego señala los siguientes cuatro supuestos de mora automática:

> Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.
>
> No es necesaria la intimación para que la mora exista:
>
> 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
>
> 2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
>
> 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
>
> 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

De lo expuesto queda en evidencia que existen dos regímenes legales respecto de la mora. No es el caso ocuparnos de su estudio en esta instancia de nuestro trabajo, en la medida en que el tema será oportunamente analizado. Pero para cerrar por ahora la discusión acerca de la pertinencia de aplicar el régimen civil o mercantil, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que el régimen civil debe ser tomado como regla, considerando a la mora mercantil como un supuesto más de la excepcional mora automática, en un inexistente «inciso 5» del artículo 1333 del Código Civil.

3. La definición de mora

La mora es una institución jurídica cuya definición ha sido abordada por diferentes autores desde una perspectiva parcial. Algunos de ellos han resaltado profundamente su elemento objetivo, es decir, el retardo o retraso.

En este sentido, la mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*) como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esta línea de ideas, Alfredo Colmo[3046] considera que existe mora cuando se deja de cumplir en tiempo debido una obligación.

Por su parte, Joaquín Escriche[3047] comparte la definición de Colmo, pero con ligeras variantes, ya que sostiene que «mora es la dilación o tardanza de alguna persona en cumplir con la obligación que se había impuesto».

Esta clase de definiciones se caracterizan por ser incompletas, ya que al prever exclusivamente el elemento objetivo, dejan fuera del concepto de mora a determinados elementos y circunstancias sin los cuales es imposible comprender esta institución[3048]. Por tal motivo, este tipo de definiciones peca por defecto.

Al respecto, José Ignacio Cano[3049] considera que el retardo por sí solo (sin culpa del que se retrasa, sin ofrecimiento o intimación) tiene poca significación jurídica y no crea una situación de mora. El deudor, al retrasarse en el cumplimento de su obligación, sólo infringe su deber jurídico, pero no surge la mora. En este sentido, mora y retardo son conceptos que no coinciden automáticamente, siendo por esto que se señala que la mora es un retardo cualificado.

Debe tenerse en cuenta, por lo tanto, que identificar la mora como un simple retardo es peligroso, pues las consecuencias jurídicas que cada una de estas situaciones desencadena son totalmente diferentes.

Señala Cano que el simple retraso, sin necesidad de haberse constituido en mora, llegará a producir el importante efecto de la opción para la resolución del contrato a favor del acreedor, cuando se pactó un plazo esencial o cuando, sin existir cláusula en este sentido, la esencialidad del término se puso de manifiesto en el hecho de que vencido éste, la prestación resultaba absurda o inútil.

Moisset de Espanés[3050] sostiene que la mora es el retardo o el cumplimiento tardío de la obligación. Es, pues, una sanción del ordenamiento jurídico en contra

3046 Colmo, Alfredo. *Tratado teórico práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil argentino. De las Obligaciones en general.* Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez Bernardo de Irigoyen, 1920, p. 73.

3047 Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.* París: Garnier, 1869, p. 1390.

3048 En este sentido es pertinente tener en cuenta que esas definiciones no consideran el elemento subjetivo —culpabilidad— y la necesidad en muchos casos, de acuerdo a ley, de la interpelación.

3049 Cano, José Ignacio. «La mora». En *Revista de Derecho Privado.* Madrid, 1978, p. 18.
En esta misma línea de pensamiento, Jorge Peirano sostiene que el solo hecho de la demora en el cumplimiento de la obligación no alcanza a configurar un incumplimiento en sentido jurídico que permita atribuir a éste consecuencias que le reconoce el régimen de Derecho. Por razones prácticas y de equidad, el legislador ha partido del supuesto de que mientras la demora sea tolerada por el acreedor, no existe interés ni razón de atribuirle las consecuencias sancionadoras que el Derecho prescribe. Sin embargo, la tolerancia del acreedor puede y debe tener un límite. Por esto, es necesario determinar en qué momento dicha tolerancia cesa, y a tal efecto está destinado el instituto de la mora (Peirano Facio, Jorge. *Estructura de la mora en el Código Civil.* Bogotá: Temis, 1983, pp. 12 y 13).

3050 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 228.

de un proceder contrario a derecho. O sea que, en cuanto es una sanción, para que exista la mora es menester que haya una disposición.

Por su parte, según De la Vega Vélez[3051], los efectos propios de la mora son la acción indemnizatoria de perjuicios, la acción resolutoria del contrato, la acción de responsabilidad por la pérdida fortuita de la cosa, o también los efectos especiales que los contratantes válidamente hayan querido atribuir a esa figura.

Wayar[3052] sostiene que la palabra retraso o retardo, que hace referencia a la dilación, es solamente el sustrato material del instituto que no es suficiente para diferenciarlo de otras situaciones (mero retardo, incumplimiento definitivo, etcétera), con las cuales presenta una marcada identidad objetiva. Además, no es el retardo lo que caracteriza a la mora, sino la multiplicidad de efectos que genera.

También es pertinente señalar que las definiciones que sólo consideran el elemento objetivo de la mora (el retraso) son aplicables únicamente a la mora *solvendi* o *debitoris* (es decir, la mora del deudor), ya que se centran en el retardo en el cumplimiento de una obligación. De esta manera, no se toma en cuenta la posibilidad de que el acreedor incurra en mora a través de su falta de cooperación con el deudor para que éste cumpla con su obligación. Con esto, se estaría desvirtuando la necesaria unidad conceptual de la mora.

Por otro lado, existen autores que definen el instituto de la mora relevando su elemento subjetivo (culpabilidad). En este sentido se pronuncia Chironi[3053], quien afirma que «la mora es culpa».

María Dolores Gramunt[3054] expresa que la mora —entendida como incumplimiento imputable al deudor— supone negar la existencia de mora no culpable. De esta manera, se tiene que la relación entre culpa (o dolo) y mora es de causa a efecto; sólo habrá mora si existe una causa que la produzca. Desde este punto de vista, la eficacia material de la culpa y el dolo en el cumplimiento es originar la mora del deudor; su eficacia jurídica consistirá en fundamentar la responsabilidad del deudor. El caso fortuito, en cambio, es considerado materialmente como causa de daños, pero no de mora; su eficacia jurídica se traduce en la no existencia de infracción obligacional. De todo lo dicho se desprende que si hay mora, los daños serán indemnizables; en cambio, si hay caso fortuito, no lo serán.

3051 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 148 y 149.

3052 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, p. 122.

3053 Citado por Wayar en *Tratado de la mora. Op. cit.* Chironi, Gian Pietro. *La culpa contractual*, n.° 325, p. 787.

3054 Gramunt Fombuena, María Dolores. *La mora del deudor en el Código Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1993, p. 97.

ESTUDIO CASTILLO FREYRE

En esta línea de pensamiento, Rojina Villegas[3055] considera que la mora es el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación exigible. El retardo debe ser injusto, pues es posible que existan causas que lo justifiquen, como son el caso fortuito, la fuerza mayor o la conducta del acreedor, y es en estos supuestos que el deudor no incurrirá en mora.

Rosendo Badani Chávez[3056] sostiene que la mora, en general, es el retardo del deudor en el cumplimiento de la obligación, pero para considerarla como un estado jurídico deben concurrir en ella dos elementos: la imputabilidad del deudor, o sea, un retraso culpable, y la posibilidad de cumplimiento de la obligación.

El elemento subjetivo de la mora no es suficiente para definir esta institución, ya que, de acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil, existirá como regla desde que se dé la intimación (o requerimiento), y sin ésta sólo habrá mora en los casos mencionados por la propia norma.

En este sentido, D'Avanzo —citado por Jorge Peirano—[3057] considera que no hay ninguna dificultad en concebir situaciones en las que el deudor incurre en retardo culpable, sin por ello incurrir en mora; en puridad, sin retardo injusto o culpable no puede existir mora, pero ésta no se identifica con aquél, porque si bien es cierto que el retardo injusto es un presupuesto de la mora, no es menos cierto que él no la crea de por sí, sin que deba concurrir la existencia de otras circunstancias, como por ejemplo el requerimiento judicial o extrajudicial.

Dentro de tal orden de ideas, para Emiliani Román[3058] la mora es el requerimiento judicial del acreedor al deudor para que le pague, o el requerimiento del propio contrato a través del plazo expresamente estipulado, o por plazo precluyente para el cumplimiento de la obligación, o por requerimiento de la ley. De esta manera, si el acreedor no requiere al deudor para que cumpla con su obligación, es porque no está interesado en ello y tácitamente prorroga su cumplimiento. Esta actitud pasiva, a su vez, implica que el incumplimiento no lo perjudica y, por consiguiente, no hay perjuicios que reclamar ni que pagar.

Las definiciones que gozan de mayor rigor científico son aquéllas que combinan adecuadamente el elemento objetivo (retraso), el elemento subjetivo (culpabilidad) y el elemento formal (interpelación).

Así, Puig Peña[3059] afirma que la mora es el retraso culpable en el cumplimiento de una obligación que, debido a su naturaleza o en virtud del requerimiento

3055 Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. México: Porrúa, 1973. Citado por Martínez Alfaro, Martín. *Op. cit.*, p. 205.

3056 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 147.

3057 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 12 y 13.

3058 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 273 y 274.

3059 Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil español*. Argentina: Editorial Pirámide, 1999. Citado por Wayar, Ernesto Clemente en *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 126.

del acreedor, debe ser satisfecha, siempre que la tardanza no sea obstáculo para que la obligación pueda cumplirse después del vencimiento, con interés y utilidad para el acreedor.

Para Wayar[3060], la mora puede definirse como «[...] la situación anormal de retraso en el cumplimiento por la que atraviesa una obligación exigible, cuando por una causa imputable, el deudor no satisface oportunamente la expectativa del acreedor o éste rehúsa las ofertas reales que se le formulan, y que subsiste mientras la ejecución de la específica prestación, aunque tardía, sea posible y útil».

La mora —según el citado profesor— es una situación anormal de retraso en el cumplimiento de una obligación, ya que la conducta realizada no es igual a la debida (supuesto de incumplimiento); es decir, el comportamiento de la persona es antijurídico, anormal e injusto. Además, con la palabra «situación» el autor quiere indicar que el vínculo jurídico perdura (aunque transformado por el incumplimiento), vale decir acreedor y deudor permanecen relacionados jurídicamente.

La mora subsiste en tanto la ejecución tardía sea posible y útil, y termina cuando esta posibilidad se desvanece; pero hasta aquel momento hay mora; de ahí en adelante, la situación es de incumplimiento absoluto.

En este sentido, Puig Brutau[3061] sostiene que existirá mora, en lugar de incumplimiento definitivo, siempre que la prestación no esté sometida a un término esencial absoluto, lo que significa que el interés del acreedor no se halle limitado a que la prestación tenga efecto sólo en un momento determinado. En cambio, cuando verdaderamente se trate de un término esencial absoluto, el retraso equivale a un incumplimiento total.

Cano[3062] considera que sería de gran utilidad, para discriminar entre mora e incumplimiento de la obligación, separar los efectos exclusivamente secundarios de aquélla (por ejemplo, el traspaso del riesgo del perecimiento de la cosa a la parte morosa) del efecto sustancial de éste, así como reconocer la existencia de un elemento de naturaleza teleológica en la mora —a pesar de que la doctrina lo desconozca o no se preocupe en considerarlo—. Este elemento, según el citado autor, es la finalidad objetiva de la mora, es decir, lo que ésta busca, lo que se traduce en que para la existencia de esta institución sea necesario que la prestación del deudor siga teniendo interés jurídico para el acreedor por serle todavía útil.

Es pertinente señalar que existe la posibilidad de que no se configure la mora no sólo cuando el acreedor no tenga interés jurídico en recibir la prestación (supuesto de incumplimiento), debido a que ésta carezca de utilidad, sino también cuando el deudor se vea imposibilitado de cumplir (caso fortuito, fuerza mayor)

3060 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 128.

3061 Puig Brutau, José. *Fundamentos del Derecho Civil.* Barcelona: Bosch, 1964, p. 485.

3062 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 16.

o simplemente no tenga interés en hacerlo por serle inútil la prestación recíproca correspondiente a ese acto de cumplimiento[3063]. Además, si el incumplimiento de la obligación se vuelve definitivo, no es la teoría de la mora la que tendrá que aplicarse, sino la de la inejecución total de la obligación.

En lo concerniente a que la mora debe darse cuando exista una obligación exigible, Giorgi —citado por Wayar— es de opinión que el retraso en el cumplimiento debe sobrevenir al momento en que la obligación se torne exigible. Esto implica no sólo la inexistencia de plazo o condición, sino además que debe tratarse de obligaciones dotadas de acción, y que el objeto de la prestación sea cierto en el *quid* o en el *quantum*.

En este sentido, Wayar refiere que un aspecto importante a tomar en cuenta es que no siempre el momento de constitución en mora coincide con el momento en que la obligación se hace exigible. Es evidente que entre exigibilidad y mora existe una íntima vinculación, pero dichos conceptos no llegan a confundirse. El primero es el *prius* lógico y cronológico del segundo; no puede haber mora si antes la obligación no se hizo exigible.

Para De la Vega Vélez[3064], la mora es el retraso contrario a derecho que sufre el deudor en el cumplimiento de su prestación a causa de un hecho que le es imputable. Además, es indispensable, por regla general, que el acreedor requiera o reconvenga al deudor para que cumpla la obligación. En este sentido, el autor sostiene que la mora puede sobrevenir de dos maneras: automáticamente, cuando el deudor ha dejado vencer el término contractualmente estipulado o pasar el tiempo útil sin dar cumplimiento a su prestación; o por acción del acreedor, mediante interpelación o requerimiento.

Consideramos que esta definición, a pesar de tomar en cuenta los elementos objetivos (retraso), subjetivos (culpabilidad) y formales (interpelación) de la mora, es incompleta, ya que no logra abarcar en el concepto la mora del acreedor, limitándose sólo a la mora del deudor.

Con relación a este punto, Ernesto Wayar piensa que la definición de la mora debe comprender tanto la mora del deudor como la del acreedor. De esta manera, la inconducta del deudor se concretará cuando éste, culposa o dolosamente, no satisfaga oportunamente la expectativa del acreedor. A su turno, el acreedor se hallará en mora cuando se niegue, culposa o dolosamente, a prestar la cooperación necesaria para lograr la extinción de la relación obligacional y, además, que el deudor le haya formulado a éste ofertas reales de cumplimiento. En tal sentido, la simple negativa a recibir la prestación no basta para la configuración de la mora. Esta inconducta del acreedor constituye su elemento objetivo o material,

3063 *Ibidem*, p. 14.

3064 De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, pp. 148 y 149.

el cual necesita complementarse con el elemento formal constituido por el ofrecimiento real de pago.

Hasta aquí las opiniones más importantes de los diferentes autores consultados en torno al concepto de la mora.

De las definiciones citadas, que constituyen una muestra representativa del tema dentro de la tradición jurídica peruana, hacemos nuestras las palabras de Wayar, por considerar que la suya es la definición más completa y precisa sobre la mora, ya que en ella se comprenden todos los elementos necesarios de la institución.

Así, la mora es una situación de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, que manifiesta la preservación o continuación de existencia del vínculo jurídico u obligación al que está referida.

Se trata —además— de una situación anormal, en la medida en que lo normal hubiese sido que se produjera el cumplimiento de la obligación; y el carácter de anormalidad está dado, precisamente, por cuanto no se está produciendo el decurso normal en la vida de la relación obligatoria, la que, conforme ha sido expresado oportunamente, debió «morir» por el pago (medio idóneo de extinción) o a través de cualquier otro medio extintivo de las obligaciones.

En otras palabras, en tanto la obligación haya sido extinguida, sea cual fuere el medio contemplado en la ley que haya conducido a tal extinción, no estaríamos en presencia de una situación anormal.

4. Elementos contenidos en la definición de mora que hemos adoptado

4.1. El retraso

Resulta necesario hacer hincapié en que el retraso en el cumplimiento constituye elemento indispensable para la existencia de la mora. Es evidente que no podría haber mora sin retraso o demora en el cumplimiento. Antes de que se produzca el retraso o la demora sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio.

De acuerdo a la Real Academia Española[3065], el término «retraso» significa «acción y efecto de retrasar o retrasarse». En tanto que la palabra «retrasar» está conceptuada como «atrasar, diferir o suspender la ejecución de algo».

De acuerdo con lo expresado, y al adoptar el Derecho Civil peruano como regla general aquella de la mora por intimación, resulta evidente que no toda demora o retraso determinará la constitución en mora, ya que podría no haber habido intimación.

3065 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 1966.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero dentro del esquema peruano, cuando hay mora siempre habrá demora, ya que —sea por intimación o por tratarse de mora automática— necesariamente debe haber retraso en el cumplimiento.

Moisset de Espanés[3066] señala que debe haber retraso o retardo en el cumplimiento de la prestación; es, pues, el requisito material de la mora. Para que haya retraso, dice, la obligación debe ser exigible, de plazo vencido y válida.

En adición a lo señalado, cabe indicar que si el deudor cumpliera ulteriormente con pagar aquello que debe, luego de haber sido constituido en mora, dicho pago pondría fin al fenómeno moratorio (en tanto no seguirá habiendo mora si ya se ha pagado), pero la desaparición de la mora no suprimirá el hecho de que se haya pagado tardíamente.

4.2. La existencia de una obligación exigible

Dentro de la definición de mora que hemos adoptado se hace referencia a que la situación moratoria implica la existencia de una obligación exigible. Sobre el particular ya nos hemos pronunciado, motivo por el cual remitimos al lector a los comentarios efectuados.

4.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable

Luego, hemos hecho referencia a la necesidad de que la obligación se encuentre en situación de incumplimiento, debido a una causa imputable. Esta característica es indispensable para que se configure la mora.

Si en lo que respecta a la responsabilidad objetiva se cuestiona la vigencia de la vieja frase del Derecho francés «No hay responsabilidad sin culpa» (*pas de responsabilité sans faute*), no se podría aplicar este cuestionamiento a la situación de mora. En otras palabras, la expresión tiene plena vigencia en el tema moratorio.

Ello obedece a que el retraso —para ser moratorio— debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo los casos excepcionales de la mora objetiva.

En caso de que se trate de la mora debitoria, supuesto más frecuente en la práctica, mal podría imaginarse que el deudor fuese constituido en mora si su incumplimiento obedeciera a un caso fortuito, fuerza mayor o si incumpliese a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil peruano de 1984). Esto es así ya que la mora implica un requerimiento, sea explícito, implícito o automático, cuya finalidad es que el deudor cumpla con la prestación debida, independientemente de que dicho cumplimiento ya no revista carácter oportuno.

3066 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 228.

Y sería impensable que se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la obligación debido a una causa que no le resulta imputable y cuya remoción tampoco le es posible. De allí que sólo será factible que se produzca la mora cuando el deudor pueda, ya sea venciendo su poca diligencia, su negligencia o su mala voluntad, remover el impedimento que llevó a que no ejecutara la prestación debida.

4.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor

La siguiente característica es que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor.

Con ello simplemente se hace alusión a que el cumplimiento no se produzca en la fecha prevista, de conformidad a lo explicado en este estudio.

4.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan

Por otra parte, la definición adoptada hace referencia a cuando el acreedor rehúsa las ofertas reales que se le formulan.

Aquí sin duda se está aludiendo a la denominada mora del acreedor. Ésta es una figura que surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar el pago o a colaborar para que éste se produzca.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1338 del Código Civil 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 obligación».

Es claro que en el caso de la mora del acreedor debe seguirse similar criterio que el aplicado para la mora del deudor, especialmente en lo referido a que no bastará para que el acreedor se encuentre en mora con el hecho de que haya transcurrido el plazo de cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Ello se debe a dos razones: la primera a que el artículo 1238 del Código Civil establece como regla general, respecto al lugar de pago, que debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que es en principio el acreedor quien debe concurrir a cobrar al deudor, de modo tal que en ausencia de cobro no podría decirse que el acreedor ha rehusado el pago, ni mucho menos que ha rechazado alguna oferta real, pues simplemente no se le habría formulado ninguna. Y la segunda, que el Código Civil ha adoptado como regla general el principio *dies non interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo no interpela por el hombre). En ese orden de ideas, será necesaria la intimación del deudor al acreedor para que reciba el pago o cumpla con los actos requeridos o, en su defecto, el remoto supuesto de que en esas circunstancias se hubiera pactado mora automática en perjuicio del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible

Otro de los elementos de la definición anotada se basa en que la situación de mora subsista mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, sea posible. Resulta evidente que para haber nacido jurídicamente válida, una obligación tiene que ser física y jurídicamente posible (argumento del artículo 140, inciso 2, del Código Civil peruano).

Entonces, es claro que cuando se hace referencia, en la definición anotada, a que la prestación deba seguir siendo posible, estamos aludiendo a que ella continúe siéndolo al momento de la constitución en mora, ya que de lo contrario se daría el contrasentido de exigirse el pago de una prestación que no resultase posible de ejecutar; y, si ello fuese así, no habría mora. Además, es obvio que persistirá la situación de mora precisamente mientras resulte posible el cumplimiento, pues si en pleno fenómeno moratorio sobreviniese la imposibilidad, acabaría la mora y a la vez se extinguiría la obligación.

4.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor

Finalmente, y para concluir con nuestras apreciaciones sobre la definición adoptada, debemos señalar que la mora subsiste mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, finalizaría la mora en la medida en que sobrevenga la inutilidad del cumplimiento de la prestación. Debemos admitir que la apreciación de la utilidad o ausencia de utilidad de la prestación, usualmente podrá revestir caracteres de orden objetivo, vale decir, fácilmente verificables, pero en otros casos podrá tener características eminentemente subjetivas, cuyo juzgamiento en los tribunales deberá ser apreciado por los jueces en estricto orden a la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.

- Sobre este punto, el artículo 1337 del Código nacional señala que «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». Para no caer en duplicidad de afirmaciones, remitimos al lector al análisis que sobre este artículo realizamos en las siguientes páginas.

5. Mora e incumplimiento absoluto

Se entiende por incumplimiento absoluto la imposibilidad definitiva de ejecutar la prestación debida, extinguiéndose la obligación por haber devenido en imposible su cumplimiento, sea la prestación de la naturaleza que fuere.

Para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos se aplicarán las normas consignadas en los artículos 1137 y 1138, preceptos referidos a la pérdida de los bienes y la teoría del riesgo. Pero el tema tendrá similar relevancia tanto en las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligaciones de hacer, como en las de no hacer, cuando sobrevenga la imposibilidad absoluta y definitiva de ejecutar la prestación debida.

Es claro que si se produjera un incumplimiento absoluto no podríamos hablar de la posibilidad de constituir en mora al deudor, ya que sería contradictoria la coexistencia del fenómeno moratorio (que precisamente parte de la idea de que se pueda cumplir la obligación) con el hecho de que la obligación no se pueda cumplir. Pero la imposibilidad de cumplimiento no sólo puede determinarse en el marco de una obligación, sino también de modo sobreviniente, cuando dicha obligación ya se encuentra en estado de mora.

Si esta última eventualidad acaeciese, la obligación se extinguiría de inmediato, a la vez que resultaría evidente la desaparición del estado de mora.

6. Clasificación de la mora

6.1. La mora según los sujetos involucrados

6.1.1. La mora del deudor

6.1.2. La mora del acreedor

La clasificación más importante de la mora, por sus diferentes consecuencias y efectos jurídicos, es la que distingue entre mora del deudor (*solvendi*, *debitoris* o *debendi*) y mora del acreedor (*accipiendi*, *creditoris* o *credendi*). De esta manera, la inejecución de la obligación —dependiendo del tipo de mora de que se trate— puede ser motivada por el deudor o por el acreedor.

A lo largo de esta obra desarrollaremos detalladamente cada una de esas clases de mora. Por el momento sólo mencionaremos las normas legales que prevén tal división.

Los artículos 1333 y 1337, antes mencionados, se ocupan de la mora del deudor, conjuntamente con los artículos 1334, 1335 y 1336[3067].

3067 Artículo 1334.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.
Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985.
Artículo 1335.- En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.
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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, los artículos 1338, 1339 y 1340 tratan acerca de la mora del acreedor[3068].

6.2. La mora en las obligaciones con pluralidad de objetos

6.2.1. La mora en las obligaciones conjuntivas

Como sabemos, la obligación conjuntiva es aquélla que tiene dos o más prestaciones y todas deben ser cumplidas por el deudor, revistiendo, sin embargo, la característica de que las prestaciones usualmente tienen relación entre sí, a pesar de que legalmente nada impide que sean independientes.

En consecuencia, el deudor incurrirá en mora desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de alguna o de todas las prestaciones.

6.2.2. La mora en las obligaciones alternativas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1161 del Código Civil, el obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas.

Para tal efecto, resulta de importancia lo previsto por el artículo 1162, en el sentido de que la elección de la prestación corresponde al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero. Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra.

Y es también relevante señalar que resultan aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144, que establece que a falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo.

Si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. Similar regla se aplica cuando la elección debe practicarla el acreedor. Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento.

Esto significa que si partimos del supuesto en que es el deudor quien deba efectuar la elección y no la hiciere, el acreedor podrá elegir la prestación y proceder a exigir al deudor su pago, constituyéndolo en mora cuando ello procediera.

3068 Artículo 1338.- 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 obligación.
Artículo 1339.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.
Artículo 1340.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es evidente que si la elección de la prestación correspondía desde un inicio al acreedor, éste podrá efectuar la elección y sólo después de notificar al deudor, ante la falta de pago, lo podrá constituir en mora.

Si la elección correspondiese a un tercero o al juez, deberá esperarse la respectiva elección, y luego de verificado el incumplimiento del deudor recién el acreedor lo podría constituir en mora.

6.2.3. La mora en las obligaciones facultativas

La obligación facultativa contiene dos prestaciones: una principal y otra accesoria.

En estos casos, como se sabe, más allá de la facultad de sustitución en el pago de que goza el deudor, el acreedor sólo puede exigir o requerir el cumplimiento de la prestación principal; nunca lo podrá hacer en relación a la accesoria.

Similar razonamiento rige en torno de la constitución en mora. Ésta sólo será posible respecto a la prestación principal.

6.3. La mora en las obligaciones con pluralidad de sujetos

Como se recuerda, las obligaciones con pluralidad de sujetos son aquéllas que recaen sobre varios acreedores, varios deudores o varios acreedores y varios deudores a la vez, con relación a una prestación debida y en virtud de una causa única.

Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del tema de las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias en el Código Civil.

La mora en las obligaciones de sujeto simple, es decir, entre un deudor y un acreedor (dos centros de interés), se caracteriza porque sus consecuencias deben ser soportadas por la persona a quien se impute el retardo.

En cambio, en la mora en las obligaciones de sujeto múltiple se debe determinar si los efectos de ésta recaen únicamente sobre el infractor, o si se extienden y alcanzan a todos los que integran el mismo polo de la relación (pasivo o activo). La solución depende de si se ha establecido o no la solidaridad en el título constitutivo de la obligación, y de la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación.

En las obligaciones de sujeto múltiple es de aplicación el principio de fraccionamiento o divisibilidad según el cual la prestación debe fraccionarse en tantos segmentos como sujetos existen (artículo 1172). La indivisibilidad y la solidaridad constituyen excepciones a la regla.

6.3.1. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible

Una obligación en la que exista pluralidad de acreedores o de deudores será mancomunada, a menos que la ley o el título de la obligación establezcan en forman expresa la solidaridad (argumento del artículo 1183), vale decir, que la prestación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado respecto de los acreedores, y la exigibilidad de la misma por parte de éstos a aquéllos también lo será, respondiendo cada deudor frente a cada acreedor por la fracción correspondiente del total de la prestación, y pudiendo cada acreedor exigir a cada deudor sólo su participación en el total de la prestación.

Naturalmente, la situación prevista para la mancomunidad sólo operará si la prestación resultase divisible. En ningún caso se aplicarán las reglas enunciadas si ella fuese indivisible.

Las consecuencias jurídicas generadas por las obligaciones divisibles y las obligaciones mancomunadas son idénticas, ambas siguen el principio de la división de las deudas y de los créditos (argumento del artículo 1182 del Código Civil peruano). En este sentido, las obligaciones mancomunadas con prestación divisible pueden contraerse entre varios acreedores con un solo deudor (activa), entre más de un deudor con un solo acreedor (pasiva), o entre varios deudores y varios acreedores (mixta).

La obligación divisible y mancomunada es la menos severa para los codeudores, pues cada uno responde tan sólo por su parte en la deuda y, a su vez, cada coacreedor sólo puede exigir a cada codeudor la parte en el crédito que le corresponda.

Con referencia a la situación de mora del deudor en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible, según el Código de Vélez Sarsfield, «La mora o la culpa de uno de los deudores no tiene efecto respecto de los otros». De esto se deduce que la mora es estrictamente personal; sólo el culpable del retraso debe soportar sus consecuencias. Éste es el principio general, derivado de aquel otro que impone el fraccionamiento como regla para estas obligaciones[3069]. El Código peruano no prevé una norma específica sobre el particular, pero la solución teórica y práctica es la misma.

En virtud de lo expuesto, queda claro que en la obligación divisible y mancomunada el deber de cada uno de los deudores es distinto e independiente al de los otros, por lo que cada uno de ellos queda obligado sólo hasta el límite de su parte en la deuda.

Es pertinente señalar que la constitución en mora no modifica el principio, pues el deudor interpelado continúa obligado sólo hasta el límite de su parte en la deuda, aunque sí quedará obligado a reparar íntegramente los daños y perjuicios que su morosidad hubiere causado en proporción a su fracción en la deuda.

Conviene indicar, por lo demás, que el mecanismo de constitución en mora en forma automática y simultánea con relación a todos los codeudores no faculta al acreedor para reclamar el íntegro de la deuda original a uno de los codeudores ni para reclamar el íntegro de los daños y perjuicios a uno solo de ellos. Aquí

3069 WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 146.

persistirá la regla del fraccionamiento, en el sentido de que la exigibilidad siempre estará limitada a la parte que le corresponde a cada deudor, pues se trata de una obligación divisible y mancomunada.

Por otro lado, respecto a la situación de mora del acreedor en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible (mancomunidad activa), rige el mismo principio de la división del crédito o de la deuda que en la mora del deudor: la mora de uno de los acreedores en recibir la prestación no tiene efecto respecto de los otros, siendo su carácter estrictamente personal.

Sobre el tema, Wayar[3070] sostiene que las ofertas reales de pago sólo tienen virtualidad moratoria respecto del acreedor que se hubiera negado a recibirlas. En este sentido, no operaría la mora automática, ya que con relación al o a los acreedores siempre será necesario que el deudor ofrezca pagar.

Un ejemplo que ilustra esta situación sería el siguiente: si Juan, Pedro y José son acreedores de Ernesto, este último deberá ofrecer a cada uno de ellos separadamente el cumplimiento, a fin de constituirlos en mora. Es obvio, además, que la oferta debe fraccionarse entre tantas partes como acreedores haya (en este caso, en tres partes).

De lo expuesto se infiere que la mora en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible, tanto en el caso de la mora del deudor como del acreedor, sólo perjudica al deudor constituido en mora o al acreedor que rechaza la oferta de pago o que no realiza los actos de colaboración necesarios para que se pueda verificar el pago. De esta manera, sus efectos no se trasladan a los sujetos restantes.

6.3.2. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible

En la obligación indivisible existe prestación única —con pluralidad de sujetos activos o pasivos— que debe cumplirse en solución única. En tales obligaciones prevalece un solo derecho de crédito y, correlativamente, una sola deuda.

Sin embargo, en la obligación indivisible, por principio, no debería uno solo de los deudores estar obligado por el íntegro; si lo está, ello obedece a la naturaleza de la prestación debida, al mandato de la ley, o al modo en que fue considerada al constituirse.

Ahora bien, cuando la obligación es indivisible y mancomunada, lo primero impide la división de la deuda y del crédito. Se aplicarán, por lo tanto, las reglas de la indivisibilidad.

Cabe destacar que de acuerdo con el artículo 1181 del Código Civil peruano, las obligaciones indivisibles y mancomunadas se rigen por diversas normas de las obligaciones solidarias, encontrándose entre ellas una de especial relevancia

3070 *Ibidem*, p. 149.

respecto al tema que nos ocupa. Se trata del artículo 1194, referido a la constitución en mora.

En consecuencia, a la mora en las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible se aplica el artículo 1194 del Código Civil, según el cual la constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto de los demás; en tanto que la constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Sobre el particular remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del artículo 1194 del Código Civil.

6.3.3. La mora en las obligaciones divisibles y solidarias y en las obligaciones indivisibles y solidarias

Respecto al análisis doctrinario y legislativo de la mora en las obligaciones divisibles y solidarias y en las obligaciones indivisibles y solidarias, nos hemos ocupado en extenso al comentar el artículo 1194 del Código Civil, a cuyo estudio remitimos al lector.

6.4. La mora según el factor de imputabilidad o atribución de responsabilidad

6.4.1. En caso de dolo o culpa

Como sabemos, según la doctrina mayoritaria la regla general en cuanto al factor de imputabilidad para la configuración de la mora es la culpa o el dolo (imputabilidad subjetiva), salvo los casos excepcionales de mora objetiva. En este sentido, el elemento subjetivo se constituye como esencial para la existencia de la mora, de forma tal que ante la ausencia de éste, no se genera responsabilidad para el sujeto que haya incurrido en retraso.

6.4.2. En ausencia de dolo o culpa

Sin embargo, existen supuestos excepcionales establecidos por la ley, en los cuales, a pesar de la ausencia de culpa o dolo, el deudor se hace responsable de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso (imputabilidad objetiva). Un ejemplo de ello sería el caso del pacto de garantía o asunción del caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 1317 del Código Civil prevé la posibilidad de que el deudor asuma expresamente, ya sea en virtud de la ley o por el título de la obligación, la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados ante situaciones en las que no exista causa imputable, dentro de las cuales se hallan el caso fortuito y la fuerza mayor, e incluso aquéllos en los que el deudor hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias y, no obstante ello, se hubiera producido el incumplimiento de la obligación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, el artículo 1336 del Código Civil prescribe que «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».

Esta norma señala las consecuencias que debe asumir el deudor que ha incurrido en mora; pero, además, determina que la mora requiere, para configurarse, de un retraso culpable, ya que si el retraso fuera sin culpa no habría mora. De esta manera nuestro Código, en ese tema, también se adscribe —como muchos otros códigos— al criterio de la imputabilidad subjetiva.

De lo dicho se infiere que el deudor responderá de los daños y perjuicios que se originen por caso fortuito o fuerza mayor, cuando el incumplimiento de la obligación se verifique luego de que el deudor se encuentre en mora.

Es obvio que si el caso fortuito o la fuerza mayor que determina el incumplimiento, hubiera acontecido antes del requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, ello originaría la liberación de este último, pues nunca se habría hallado en mora.

Debemos observar, como es evidente, que lo expuesto precisa, en adición, que se encuentren presentes todos los demás requisitos que exige la constitución en mora. Empero, sin perjuicio de lo señalado, el análisis en detalle de los alcances del artículo 1336 lo realizaremos cuando nos ocupemos de él.

6.5. La mora en relación a la magnitud del incumplimiento. Mora total y mora parcial

La distinción entre mora total y mora parcial radica en el factor cuantitativo, que se encuentra íntimamente relacionado con el principio de integridad del pago, consagrado en el artículo 1220 del Código Civil.

En virtud de este precepto, se entenderá efectuado el pago sólo cuando el deudor ejecute íntegramente la prestación; por ello, el deudor no podrá compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de dicha obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen (artículo 1221 del Código Civil).

6.5.1. Mora total

Este supuesto de mora se origina cuando el deudor no cumple oportunamente con ejecutar la totalidad de la prestación a su cargo y se le constituye en mora para que proceda a realizarlo.

Además, la mora total sólo operará en las obligaciones que no precisen de un plazo esencial sino sólo accidental, ya que de tratarse del primer tipo de esas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligaciones, el retraso en la ejecución de la prestación se convertirá en incumplimiento absoluto, por lo que se aplicarían las reglas de la inejecución total de la obligación.

Por otro lado, en el ámbito práctico, la mora total se pone de manifiesto con mayor frecuencia. Los deudores, cuando no pueden ejecutar de modo oportuno el íntegro de la prestación, usualmente es porque no se hallan en posibilidad de cumplirla ni siquiera de modo parcial y lo que requieren es de un tiempo mayor para poder ejecutarla en su totalidad.

6.5.2. Mora parcial

Es pertinente recordar que, en principio, y como ya lo expresamos, para que el acreedor deba aceptar un pago parcial, se precisa la existencia de un contrato o de una norma legal que así permita proceder al deudor (argumento del artículo 1221).

En síntesis, para que se configure un supuesto de mora parcial es necesaria la concurrencia de dos condiciones importantes: primero, que el acreedor acepte el cumplimiento parcial, es decir, que haya renunciado al derecho de rechazar semejante ofrecimiento, o que la ley lo obligue a aceptarlo; y segundo, que el acreedor no conceda un nuevo plazo para que el deudor pueda cumplir la parte impaga. De esta manera, si el acreedor no rechaza el ofrecimiento de pago fraccionado o concede una prórroga al deudor para que ejecute el resto de la prestación, la mora parcial no será posible[3071].

Por otro lado, resulta importante distinguir la forma como opera la mora parcial, dependiendo del tipo de obligación de que se trate. En este sentido, es relevante manifestarnos en torno a las obligaciones de ejecución continuada o de tracto sucesivo y a las obligaciones de plazo esencial.

Respecto de la primera clase de obligaciones, debemos precisar que cada entrega fraccionada tiene su propio plazo de cumplimiento. Por lo tanto, si el acreedor incurre en mora respecto de una cuota, se habrá configurado un supuesto de mora total respecto a ésta. Obviamente, con relación a las cuotas que aún no han vencido no será posible el cobro respectivo, como sí lo sería en relación con la ya vencida. Sería el caso de la falta de pago de una cuota del precio pactado a plazos en un contrato de compraventa.

Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1323 del Código Civil —precepto aplicable a la generalidad de obligaciones— en el supuesto que se registre un incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, el acreedor tendría el derecho de exigir al deudor el pago inmediato del saldo; en consecuencia, se tendrán por vencidas las cuotas que estuviesen pendientes, salvo pacto en contrario.

3071 *Ibidem*, p. 252.

En este caso, la mora operaría de manera total respecto a todas las cuotas, es decir, incluso con relación a las que ni siquiera hubieran vencido.

En las obligaciones sujetas a plazo esencial no podría operar el supuesto de mora parcial. Esto obedece a que en esa clase de obligaciones la ejecución de la prestación en el plazo señalado es absolutamente determinante para la satisfacción del acreedor, de tal forma que pasado dicho periodo, el acreedor pierde totalmente el interés por la ejecución de la prestación.

En este tipo de obligaciones es posible, sin embargo, que el acreedor acepte que el deudor ejecute parcialmente la prestación, siempre que se realice dentro del plazo señalado. Lo fundamental es que el pago se efectúe en el periodo convenido, ya que de lo contrario se configuraría un supuesto de incumplimiento. En este sentido, una vez que el deudor haya ejecutado oportuna pero parcialmente la prestación, ya no tendría cabida la mora parcial, pues respecto de la parte de la prestación que no se ha podido cumplir dentro del plazo señalado, únicamente habría incumplimiento.

Sobre este tema Wayar[3072] sostiene que deben tenerse en cuenta los siguientes principios generales:

- No es técnicamente posible la configuración de la situación de mora parcial.
- En virtud de la autonomía de la voluntad, el acreedor puede aceptar una ejecución parcial o disminuida, siempre que ésta se verifique en el tiempo convenido.
- Si se tratase de un contrato con prestaciones recíprocas, éstas deben reajustarse equitativamente hasta el límite de la porción disminuida, de modo que el acreedor sólo quede obligado con una contraprestación equivalente.
- Si la obligación del deudor es unilateral, el acreedor está facultado a exigir la reparación de los daños hasta el límite de la parte incumplida.

En opinión nuestra, la mora parcial sí resulta factible dentro del Derecho de Obligaciones. Sin embargo, es necesario efectuar una distinción en esta tesis.

Nos referimos fundamentalmente al hecho de considerar que el incumplimiento haya recaído sobre una prestación de un conjunto de prestaciones independientes, vale decir, sobre una prestación de una obligación conjuntiva; o si el incumplimiento hubiera recaído sobre la falta de pago de una parte de una prestación única.

3072 *Ibidem*, p. 255.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el primer caso, esto es, en el de las prestaciones conjuntivas, si se hubiera incumplido una de ellas y el acreedor constituyera al deudor en mora sobre esa prestación, es evidente que nos encontraríamos ante un supuesto de mora total y no de mora parcial, pues el estado moratorio habría recaído sobre la integridad de la prestación referida. En otras palabras, no quedaría ninguna otra prestación impaga que formase parte de dicho estado moratorio.

Sin embargo, también podríamos plantearnos el supuesto en el cual exista más de una prestación que no hubiese sido pagada por el deudor. Podríamos citar, como ejemplo, el de un contrato de arrendamiento en el cual el inquilino o arrendatario hubiera dejado de pagar las dos últimas mensualidades. Es evidente que, si el propietario del inmueble le reclamase el pago de ambas, habría mora total; pero también es claro que si sólo le reclamase el pago de la última y no de la penúltima (o sea, de una de las dos), entonces habría mora parcial, porque el estado moratorio solamente recaería sobre una prestación de aquéllas que han sido incumplidas.

En otras palabras, en estos casos el estado de mora no recaerá sobre el íntegro de aquellas prestaciones que vienen siendo incumplidas, sino sólo en relación con alguna de ellas.

Esta situación de ambigüedad jurídica respecto de una misma obligación nos plantearía la situación de mora parcial del deudor.

Por otra parte, si hablásemos del pago del precio en una compraventa en la que el comprador hubiera incumplido con el pago de una sola cuota y el vendedor le reclamase el pago de ésta, es claro que estaríamos frente a un supuesto de mora total, al estarse exigiendo el pago de todo aquello que se debe.

Sería mora parcial, en cambio, si habiendo incumplido el comprador con el pago de dos o más cuotas del precio, el vendedor solamente le reclamara el pago de alguna o algunas de ellas.

En este caso, a diferencia del ejemplo del contrato de arrendamiento, estaríamos en presencia de una prestación cuyo cumplimiento ha sido acordado en partes; pero, al igual que en el supuesto anterior del arrendamiento, lo importante para la configuración de la mora parcial sería que el acreedor solamente reclamara el pago de una parte del objeto de la obligación incumplida (vale decir, que se le pague alguna de las prestaciones incumplidas o parte de algunas cuotas de la única prestación incumplida).

En conclusión, es perfectamente factible la existencia de mora parcial dentro del Derecho peruano, siendo evidente que sus efectos sólo repercutirán sobre aquellas partes de la prestación o aquellas prestaciones que sean materia de intimación o requerimiento.

FELIPE OSTERLING PARODI MARIO CASTILLO FREYRE

7. Requisitos de la situación de mora del deudor

En principio, y como hemos visto, los requisitos o elementos esenciales para que se configure la situación de mora del deudor son el retraso —elemento objetivo o material—, la culpabilidad —elemento subjetivo— y la interpelación —elemento formal—.

Excepcionalmente, se podrá prescindir del elemento formal en los casos de la mora *ex re* o mora sin interpelación, prevista por los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 1333 del Código Civil y por la regla general del Código de Comercio.

7.1. El retardo en el cumplimiento de la conducta debida

Para abordar adecuadamente el tema que nos ocupa, es necesario analizar lo que significa la figura del incumplimiento, ya que cuando nos referimos al retraso en el cumplimiento de una obligación, inevitablemente debemos pensar en la existencia de un incumplimiento (en el sentido de cumplimiento tardío).

Al respecto, Wayar[3073] define el incumplimiento como «la situación anormal de la relación de obligación, originada en la conducta antijurídica de cualquiera de los sujetos vinculados, que impide u obstaculiza su realización». Este incumplimiento influye sobre el vínculo obligatorio en dos acepciones: extinguiéndolo (frustrando al acreedor), o prolongándolo (impidiendo la liberación del deudor).

Añade el autor citado que el incumplimiento es siempre una conducta contraria a Derecho, con fuerza suficiente para modificar el desenlace normal de la obligación, que nació para ser cumplida, pero que puede tener un fin distinto. De esta manera, el incumplimiento se configura con la sola transgresión del plano normativo, lo que permite considerar que el mero retardo es una especie de incumplimiento, sin que sea necesario reprochar al sujeto culpabilidad alguna. En este sentido, la falta de cooperación del acreedor elimina la culpa del deudor. Sin embargo, el retardo en que incurra, debido a esa causa, será siempre un ilícito objetivo, es decir, un incumplimiento.

En síntesis, el retraso es la demora en el cumplimiento de la obligación debida, originada por la actitud del deudor de dejar transcurrir el tiempo de pago sin ejecutar la prestación, dilatando, de esta manera, la extinción del vínculo jurídico que lo une con el acreedor. Aquí el retraso se traduce en la disconformidad que se aprecia entre la conducta efectuada por el deudor con la conducta debida por él.

Respecto al tema del incumplimiento, es necesario poner el acento en que el retraso —como uno de los elementos esenciales para la configuración de la mora del deudor— debe ser un incumplimiento relativo, no absoluto, para que exista

3073 *Ibidem*, pp. 494-497.

EDITORIAL JURÍDICO CASTILLO FREYRE

la posibilidad de que el deudor pueda llegar a cumplir su prestación aunque sea tardíamente.

Uribe Holguín[3074], por su parte, sostiene que lo que diferencia al retardo de la inejecución absoluta y de la ejecución imperfecta es la circunstancia de que estas dos últimas formas de falta de pago son definitivas, en el sentido de que no es posible —o no es admisible— que el deudor aún pague o rehaga el pago; en cambio, en el retardo se observa una falta de pago con carácter transitorio. Esto se produce en virtud de que el deudor no ha pagado nada, o ha pagado mal, pero todavía se le admite que cumpla con el objeto no ejecutado en absoluto, o que rehaga, corrija o complete la ejecución que, por concepto de calidad o de cantidad, realizó imperfectamente.

El autor citado precisa, además, que el retardo puede tener por causa el hecho u omisión del propio deudor, o también puede ser una fuerza mayor o caso fortuito determinante de imposibilidad pasajera de pagar, como es el caso del embargo y secuestro de la cosa. En este sentido, se pregunta si la causa del retardo es el hecho o la omisión del deudor, y si estos fenómenos implican necesariamente dolo o pueden provenir de mera culpa.

Al respecto, Uribe Holguín refiere que a primera vista la falta transitoria de pago no debida a fuerza mayor o caso fortuito es siempre dolosa, ya que observando el asunto superficialmente no se aprecia cómo quien puede pagar y en los hechos no paga, incurra en esta omisión de manera no intencional.

Sin embargo —anota Uribe Holguín—, examinando el punto con mayor atención, se concluye que el retardo no determinado por fuerza mayor o caso fortuito puede provenir indistintamente de dolo o de culpa del deudor. Si éste por descuido u olvido no entrega la cosa que debe cuando llega el momento del pago; si por imprudencia no alcanza a tenerla en el lugar en donde debe entregarla; si por negligencia o impericia no termina dentro del plazo estipulado la tarea o trabajo que se ha obligado a ejecutar, incurre, en todos estos casos, en culpa y no en dolo.

Cabe aquí precisar que en el Derecho peruano bastaría que el incumplimiento hubiese obedecido a culpa del deudor. En tal sentido, y en virtud del artículo 1329 del Código Civil, se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

No obstante la existencia de dicha presunción, ella es *iuris tantum*, pudiendo el deudor liberarse si probara que su incumplimiento obedeció a causa no imputable (caso fortuito, fuerza mayor o que ha incumplido a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias). Pero también resulta evidente que el acreedor puede agravar la situación del deudor, en la medida que demuestre que dicho incumplimiento obedeció a causa imputable a este último,

3074 Uribe Holguín, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 113-115.

distinta de la culpa leve, vale decir, si acredita que el deudor ha incumplido por culpa inexcusable o dolo.

De lo expuesto se puede concluir que para que se presente el elemento material de la mora, es decir, el retardo, es necesario que el deudor haya incurrido en un incumplimiento relativo, entendiéndose como tal, un retraso en el cumplimiento.

Por otro lado, es necesario precisar que cuando hablamos del retardo como elemento constitutivo de la situación de mora del deudor no nos referimos al mero retraso en el que objetivamente debe ponderarse el transcurso del tiempo, con un criterio puramente material, que exime toda investigación sobre el comportamiento de quien lo provoca o, simplemente, deja que se configure. En este sentido, Alterini y López Cabana[3075] consideran que la demora es una verdadera situación jurídica subjetiva, puesto que es de las que hacen nacer fundamentalmente prerrogativas para sus beneficiarios, a diferencia de las situaciones jurídicas objetivas, que generan, en cambio, ciertos efectos —derechos o deberes— preestablecidos imperativamente y con independencia de la voluntad de sus titulares.

Sin embargo, conviene señalar que la demora que sólo produce un incumplimiento temporal, sin encontrarse unida a los demás elementos que le permitan ser reconocida como mora, puede también ser jurídicamente relevante, a pesar de que no produzca idénticos efectos que la mora. Su consideración se detendrá en el examen del desajuste temporal y bastará para que, prescindiendo de toda connotación subjetiva o de la concurrencia de formalidad alguna, genere otras consecuencias, independientemente de la reparación de daños.

En la doctrina española se ha juzgado útil distinguir la mora del simple retraso relevante, o simple retardo culposo en la medida que la mora sólo se configura allí desde que el cumplimiento haya sido exigido por el acreedor, judicial o extrajudicialmente, e involucra los casos en que, no cumplida esta formalidad, la concurrencia parcial de los demás elementos, retardo y culpa, provocan en el ordenamiento hispano efectos particulares[3076].

En relación con los efectos que tiene la simple demora, Alterini y López Cabana precisan que, de acuerdo al régimen jurídico argentino, éstos son los que vamos a enunciar a continuación, pero analizándolos con estricto apego al Derecho peruano:

a) La simple demora en el cumplimiento de los deberes de colaboración, a los que tiene derecho a acceder quien tenga *ius solvendi*, le abre las vías legales para liberarse con intervención judicial.

   Como se recuerda, la consignación es un mecanismo que tanto la ley sustantiva como la ley procesal otorgan al deudor cuando, por diversas

3075 Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. *Op. cit.*, p. 49.
3076 *Ibidem*, p. 52.

razones, sean imputables o no al acreedor, no le resulta posible pagar directamente.

También sabemos que si el acreedor no realizara los deberes de colaboración indispensables para que el deudor pudiese ejecutar su obligación, una situación de esta naturaleza (si es que hubo previo requerimiento del deudor a efectos de que se produzca la mencionada colaboración) produciría la constitución en mora del acreedor.

Lo antedicho equivale a señalar que la constitución en mora en materia consignatoria no necesariamente se produce con la consignación en sí misma, sino con el ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, siempre y cuando se presenten los demás requisitos de la mora.

Es evidente, por lo demás, que la consignación otorga al deudor el mecanismo para, forzando al acreedor a recibir el pago, liberarse de su obligación.

b) La simple demora del destinatario de una oferta en aceptarla, o del beneficiario de una estipulación, es relevante para hacerle perder la facultad respectiva, como consecuencia del derecho de revocación que compete al oferente y al estipulante.

En el caso peruano, debemos recordar lo establecido por el Código Civil en el título relativo al consentimiento.

Ahí se señala que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (artículo 1373).

En adición a lo expuesto, el artículo 1374 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.

Resulta conveniente recordar que por Ley n.° 27291, se agregó un párrafo al artículo 1374, en el sentido de que si esas declaraciones contractuales se realizan a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Esta adición ha perturbado el régimen antes vigente, en la medida en que el Código Civil adoptó originalmente la teoría de la recepción con presunción de cognición y, en este caso, ha optado por la teoría de la recepción, pero no en cuanto a la declaración misma, sino en cuanto al acuse de recibo, lo que implica agregar un elemento a la cadena de momentos en que deba considerarse celebrado un contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) La exigibilidad del crédito, unida al retardo de ambos sujetos de la obligación, es suficiente para que el plazo de prescripción comience a correr, pues la ley no especifica que alguno de ellos deba ser constituido en mora.

Ello deviene en aplicable en el Derecho nacional, en la medida en que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1993 del Código Civil, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho, no exigiendo la ley peruana, para que transcurran los plazos prescriptorios, el requisito de que alguna de las partes comprometidas deba ser constituida en mora.

d) Los plazos de caducidad, de los que dependen ciertos derechos en cuanto a su ejercicio, empiezan a computarse desde el retardo en hacerlos valer, sin que tampoco haga falta que ninguna de las partes haya constituido en mora a la otra para que transcurran dichos plazos.

En cuanto al Derecho peruano, resulta claro que los plazos de caducidad siguen en este aspecto similar criterio que los de prescripción.

Si bien es cierto que en el título relativo a la caducidad (artículos 2003 a 2007), no se establece una norma similar a la del artículo 1993, referido a la prescripción, resulta evidente que tal situación va implícita, en la medida en que la caducidad es mucho más severa que la prescripción.

e) En algunos supuestos la ley, sin disponer la extinción de una acción o de un derecho, impone un plazo que, luego de transcurrido, desencadena una presunción a favor de una de las partes de la relación obligatoria.

Es el caso de diversas normas del Código Civil peruano de 1984.

Así tenemos el artículo 63, del texto que a continuación reseñamos:

> Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:
>
> 1.- Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.
>
> 2.- Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.
>
> 3.- Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, el inciso 1 del artículo 181 dispone que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

En Derecho de Familia, el artículo 311, inciso 3, del Código Civil, prescribe que para la calificación de los bienes rige, entre otras reglas, aquella que establece que si se han vendido algunos bienes cuyo precio no consta haberse invertido, y se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.

A su turno, el artículo 616 del Código Civil señala que la curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.

En Derecho de Obligaciones, el artículo 1231 del Código Civil dispone que 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.

De otro lado, el artículo 1397 indica que las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

En lo relativo a las disposiciones generales de obligaciones de saneamiento, el artículo 1486 establece que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

En lo que respecta al precio en el contrato de compraventa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1547, en la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor. Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el del lugar en que debe realizarse la entrega.

En materia de derecho de retracto, según lo previsto por el artículo 1597, si el retrayente conoce la transferencia por cualquier medio distinto del indicado en el artículo 1596, el plazo se cuenta a partir de la fecha de tal conocimiento; caso para el cual la presunción contenida en el artículo 2012 («Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que

EJEMPLAR PROTEGIDO POR LEY

toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones»), sólo es oponible después de un año de la inscripción de la transferencia.

En lo relativo al contrato de mutuo, conforme al artículo 1655, recibido el bien por el mutuatario se presume que se halla en estado de servir para el uso que se destinó.

En lo que atañe al contrato de arrendamiento, el artículo 1679 prescribe que entregado el bien al arrendatario se presume que se halla en estado de servir y con todo lo necesario para su uso.

En el contrato de comodato, el artículo 1731 establece que se presume que el comodatario recibe el bien en buen estado de uso y conservación, salvo prueba en contrario.

En lo referido a las disposiciones generales de los contratos de prestación de servicios, el artículo 1758 señala que se presume la aceptación entre ausentes cuando los servicios materia del contrato constituyen la profesión habitual del destinatario de la oferta, o el ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios sean públicamente anunciados, salvo que el destinatario haga conocer su excusa sin dilación.

Finalmente, el artículo 1781, norma relativa al contrato de obra, dispone que 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 obra realizada. Sin embargo, no produce este efecto el desembolso de simples cantidades a cuenta, ni el pago de valorizaciones por avance de obra convenida.

f) Una vez transcurrida la limitada vigencia del mandato otorgado en forma irrevocable, la demora en el ejercicio de éste produce el efecto de concluir con la irrevocabilidad que lo distinguía.

En el Derecho nacional resulta aplicable el régimen establecido para la extinción del mandato, regulado por los artículos 1801 a 1805 del Código Civil.

El artículo 1801 establece que el mandato se extingue por su ejecución total, por vencimiento del plazo del contrato, por muerte, o por interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.

Entonces se puede afirmar que el mandato, entre las causales de extinción, tiene la del vencimiento del plazo pactado.

Sin embargo, el mandato no es revocable unilateralmente, entendiéndose por este concepto el hecho de que el mandante no puede dejar sin efecto de manera unilateral el contrato de mandato. Para ello precisa diferenciarse al mandato de la representación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La representación, obviamente, es revocable, pues se trata de un acto unilateral; pero en el mandato sin representación no hay revocación, en la medida en que ambas partes se encuentran obligadas a cumplir con el plazo pactado.

Sin embargo, por tratarse de figuras que tienen íntima relación, el Derecho peruano establece la presunción de que el mandato es con representación (artículo 1807), agregando que en el mandato con representación la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato.

g) En las obligaciones alternativas regulares basta el simple retardo del deudor, y en las irregulares el del acreedor, para que en el primer supuesto quede facultado el acreedor para demandar el cumplimiento, y en el segundo lo esté el deudor para intimar la elección u obtener autorización judicial, para hacerlo por sí.

En lo que respecta al Derecho peruano, debemos precisar que no se da la distinción entre obligaciones alternativas regulares y obligaciones alternativas irregulares, pues simplemente se legislan las obligaciones alternativas.

En esta clase de obligaciones el deudor sólo debe cumplir por completo una de ellas (artículo 1161), correspondiendo la elección al deudor, si es que no se hubiera atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero, siendo aplicables a estos casos las reglas del artículo 1144 (argumento del artículo 1162).

El artículo 1144, norma propia de las obligaciones de dar bienes inciertos, establece que a falta de plazo para la elección, corresponde al juez fijarlo. Si el deudor omitiera efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ésta corresponde al acreedor, aplicándose igual regla cuando la elección deba practicarla el acreedor.

El citado artículo agrega que si la elección se confiase a un tercero y éste no la efectuara, 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.

Entonces debe quedar claro que para que se pueda constituir en mora al deudor de una obligación alternativa, constituye requisito previo el que se haya producido la elección de la prestación a ejecutar, ya sea que dicha elección haya sido efectuada por el deudor, por el acreedor, por un tercero o por el juez.

En este sentido, sólo en tal situación será factible constituir en mora al deudor, ya que antes de producida la elección no se le podría exigir el cumplimiento de una de las prestaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, cabría preguntarse qué ocurriría en caso de que el deudor deba escoger la prestación, no efectuase dicha elección oportunamente, y el acreedor le exigiera que la verificara.

Podría sostenerse que el momento de constitución en mora es el relativo al requerimiento de elección, a lo cual podría responderse que resultaría difícil en el plano teórico aceptar que se constituya en mora al deudor con relación a una prestación todavía incierta.

Entendemos que en estos casos debería asumirse un principio de equidad, en el sentido de que la constitución en mora origine efectos retroactivos al momento en el cual el acreedor exigió al deudor que efectuara la elección; y que los efectos de dicha mora recaerán sobre la prestación que ulteriormente sea escogida, ya sea por el deudor, por el acreedor o por el juez, siguiendo el mecanismo previsto por el artículo 1144 del Código Civil.

h) Cuando existen obligaciones recíprocas, en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

En el Código Civil peruano dicha excepción se encuentra regida por el artículo 1426, precepto que establece que «En los contratos con prestaciones recíprocas, en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

Y, en verdad, no es necesario que exista mora para que pueda hacerse valer la excepción de contrato no cumplido, también llamada excepción por incumplimiento, ya que ésta es fundamentalmente un mecanismo de defensa sustantivo que la ley otorga a los contratantes con la finalidad de que ninguno de ellos se vea perjudicado, cumpliendo con una obligación y corriendo el riesgo de que su contraparte no cumpla la suya con posterioridad.

Lo expresado no significa que la excepción de incumplimiento sea excluyente de la constitución en mora, ya que un contratante podría negarse a cumplir, luego de haber constituido en mora a su contraparte.

Lo que deseamos señalar es simplemente que resulta posible que se aplique dicha excepción en la eventualidad de que no haya mora.

Los mismos principios rigen respecto a la excepción de caducidad de término, regulada por el artículo 1427 del propio Código, en el sentido de que para su aplicación no resultaría indispensable que la contraparte se encontrase constituida en mora.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como se recuerda, el artículo 1427 del Código Civil establece que «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar, puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne, o garantice su cumplimiento».

i) Sólo se requiere un simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo, para que la otra parte se halle invulnerable a la constitución en mora.

Ello resulta plenamente aplicable al Derecho peruano en virtud de lo establecido por el artículo 1335, norma que señala que «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

j) La mera dilación en el cumplimiento de un deber jurídico que surge de una resolución judicial puede ocasionar la aplicación de sanciones conminatorias, sin necesidad de indagar sobre la subjetividad que ha determinado su desidia.

El tema de la ejecución de las resoluciones judiciales se halla previsto por los artículos 713 a 719 del Código Procesal Civil peruano de 1993. Cabe señalar que a la fecha del término de la edición de este tratado sólo se encuentran vigentes los artículos 715, 716, 717 y 719 de dicho Código.

El artículo 715 señala que si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto. Cumplido el plazo previsto en las disposiciones generales, si hubiera cuaderno cautelar conteniendo cualquier medida concedida, éste se agregará al principal y se ordenará la refoliación a fin de ejecutarse. En caso contrario, a petición de parte, se ordenará las medidas de ejecución adecuadas a la pretensión amparada.

El artículo 716 del referido Código Procesal prescribe que si el título de ejecución condena al pago de cantidad líquida o hubiese liquidación aprobada, se concederán, a solicitud de parte, medidas de ejecución con arreglo al subcapítulo sobre medidas cautelares para futura ejecución forzada. Si ya hubiese bien cautelado, judicial o extrajudicialmente, se procederá con arreglo al capítulo v de este título.

El artículo 717 agrega que si el título de ejecución condena al pago de cantidad ilíquida, el vencedor debe acompañar la liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o en su defecto los que la ley disponga. La liquidación contenida en el mandato de ejecución

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

puede ser observada dentro de tercer día, luego de lo cual el juez resolverá aprobándola o no, en decisión debidamente fundamentada.

Finalmente, el artículo 719 dispone que las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, reconocidas por los tribunales nacionales, se ejecutarán siguiendo el procedimiento establecido en este capítulo, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la Ley General de Arbitraje.

k) Existiendo un pacto comisorio expreso, puede ser suficiente el simple retardo para que el acreedor de la prestación incumplida ejerza su derecho a resolver el contrato. Tampoco cabe, en principio, exigir la previa constitución en mora, en el supuesto de cláusula resolutoria implícita, legal o tácita.

En este punto resulta necesario señalar que la resolución por incumplimiento difiere sustancialmente de la constitución en mora, ya que si se quiere resolver un contrato por incumplimiento, no necesariamente tiene que haber preexistido la situación de mora.

Es verdad que ante el incumplimiento de una obligación resulta frecuente que el acreedor constituya en mora al deudor, exigiéndole que proceda a dar cumplimiento a la prestación.

Si una vez constituido en mora el deudor procede a ejecutar la obligación, es evidente que habrá culminado el estado de mora, debido al pago de la deuda, y es obvio también que si el acreedor permite al deudor que le pague, esa situación obedecerá básicamente a que el cumplimiento de la deuda todavía le resulta útil.

Sin embargo, si luego de constituido en mora el deudor éste no cumpliera con ejecutar su obligación, el acreedor podría seguir manteniendo el estado de mora, si la prestación aún le fuese útil, o resolver el contrato, en tanto la obligación hubiese devenido en inútil.

No obstante lo dicho, no siempre la resolución del contrato se planteará luego de una situación moratoria, ya que el deudor podría no haber sido constituido en mora luego de su incumplimiento, si el acreedor no hubiera considerado útil el cumplimiento de la obligación luego del momento en que ésta debió ser ejecutada.

En otras palabras, en este caso no se estaría configurando uno de los elementos indispensables para la existencia de la mora: que la prestación incumplida todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, resulta perfectamente posible que acto seguido del incumplimiento, el acreedor de la obligación proceda a resolver el contrato

EDUARDO CASTRO PEYRE

por incumplimiento del deudor sin necesidad de constituirlo previamente en mora.

Una situación de esta naturaleza es evidente en la medida que resultaría peligroso e ineficaz para el acreedor constituir en mora al deudor, pues le estaría otorgando la posibilidad de cumplir con una obligación cuya utilidad ya le era ajena.

l) Toda vez que se subordina la resolución de un contrato a la demora en el cumplimiento de una obligación, el mero retraso, sin necesidad de constituir en mora, tiene el poder suficiente para desencadenar la extinción del vínculo obligacional.

Dentro del marco del Derecho peruano nos encontraríamos ante la denominada cláusula resolutoria expresa, contenida en el artículo 1430 del Código Civil.

El precepto citado establece que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumpla determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La norma agrega que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

m) Con relación a las normas supletorias que rigen en materia de cláusula penal, el simple retardo en el cumplimiento —sin necesidad del elemento subjetivo— basta para que el acreedor pueda ejercer la opción por la pena.

Esta apreciación de Alterini y López Cabana no resulta aplicable en el Derecho peruano, ya que el simple retardo en la ejecución de una obligación no da lugar a que se puedan aplicar las disposiciones o los efectos propios de la cláusula penal.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la cláusula penal no es otra cosa que un pacto anticipado de eventual indemnización futura, ya sea de carácter compensatorio o moratorio, que tiene dentro de sus requisitos, tal como será analizado en su oportunidad, la culpa del deudor.

Es claro que en el Derecho peruano no pueden producirse las consecuencias de la cláusula penal en los mismos casos en que no pueden derivarse consecuencias indemnizatorias, vale decir, cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor se hubiese producido por causa no imputable.

El supuesto de excepción se presentaría si las partes hubiesen convenido que la penalidad debe pagarse incluso cuando el incumplimiento obedeciera a causas no imputables al deudor, como cuando hubiera

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incumplido por caso fortuito, fuerza mayor o no obstante haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias.

Pero hacemos hincapié en que éste sólo será un supuesto excepcional, y de ninguna manera constituye la regla.

Finalmente, es oportuno reseñar la opinión de Alterini y López Cabana acerca del significado jurídico del mero retardo. Al respecto, consideran que el simple retardo tiene significativa relevancia en el área del Derecho Privado, en razón de los múltiples e importantes efectos que éste desencadena en el ordenamiento jurídico. Esta apreciación los lleva a afirmar que el tecnicismo de la mora está, de alguna manera, en vías de extinción, ya que la virtualidad de la simple demora resulta, por ejemplo, de la extensión creciente de los conceptos de mora automática y mora legal. En estos casos, el simple retraso, el retardo material, tiene por sí solo consecuencias de morosidad. Por otro lado —precisan los autores citados—, la importancia de la significación jurídica del mero retardo se encuentra reforzada con el reconocimiento de la crisis de la culpa.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina estima que el retardo, como elemento esencial de la situación de mora del deudor, requiere, necesariamente, de la concurrencia del elemento subjetivo (culpa o dolo). De esta manera, la mora constituiría un retraso culpable que no impide el cumplimiento tardío.

Si bien es cierto que el Derecho ha dado mayor cabida en los últimos años a los supuestos de mora automática, no deja de ser verdad que la mora automática exige, más allá del requerimiento, la presencia de los demás requisitos para la constitución en mora.

En ese sentido, el simple retardo, como retraso en sí, no se constituye necesariamente en mora.

De otro lado, convenimos con los profesores citados en que el simple retardo tiene una serie de efectos jurídicos que a menudo no exigen la existencia del fenómeno moratorio.

Ello es absolutamente cierto, pero no constituye novedad, ya que siempre ha sido así, en la medida en que, no por ser conceptos distintos la mora y la demora, ello signifique que sólo la mora es capaz de generar efectos jurídicos.

Resulta evidente que la demora o retraso en el cumplimiento también origina determinados efectos para el Derecho, algunos de los cuales tendrán relación con el fenómeno moratorio, pero muchos otros no, sino con otras determinadas áreas del Derecho.

Finalmente, consideramos que el parecer de Alterini y López Cabana, en el sentido de que la demora ha ganado terreno por sobre la mora, al haberse abierto campo la responsabilidad de carácter objetivo, por sobre aquélla que presupone la existencia de culpa, parte de un criterio equivocado, por cuanto la responsabilidad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

objetiva fundamentalmente tiene que ver con la asignación de consecuencias indemnizatorias en perjuicio del deudor incumpliente, como es el caso de los daños y perjuicios y de los intereses legales.

Pero la existencia de daños y perjuicios no se vincula necesariamente con la mora, ya que ellos podrían presentarse con base en la responsabilidad de carácter objetivo, sin relación con el fenómeno moratorio.

Si una indemnización de daños y perjuicios no se paga oportunamente (lo que de por sí implicará la existencia de culpa), recién podríamos hablar de la existencia de intereses legales moratorios sobre el monto de la indemnización debida.

Lo expuesto nos conduce a afirmar la plena vigencia del criterio de que no existe mora sin culpa.

7.2. La imputabilidad como elemento subjetivo de la situación de mora del deudor

La situación jurídica de mora debe ser inexcusable, es decir, producto del dolo o de la culpa del obligado. De esta manera, la mora se configura como un retardo imputable al deudor en el cumplimiento de la obligación.

En este sentido, Rosendo Badani[3077] considera que el retraso debe ser imputable al deudor, porque la ejecución de la prestación puede tener dificultades que el deudor no pueda vencer y que justifiquen su retardo. Así, por ejemplo, si una persona se hubiera obligado a transportar un cargamento de café de Chanchamayo y a entregarlo en Lima en determinado plazo y se produjera un derrumbe en la Carretera Central, la demora no le sería imputable al deudor, ya que la figura jurídica de la mora sólo existe en aquel retraso del deudor que no cuente a su favor con la existencia de una legítima excusa. Además, no es imputable al deudor el retraso cuando el acreedor no hace aquello a que está obligado para facilitarle al deudor el cumplimiento de la obligación, o cuando se negare, sin justa causa, a recibir el pago.

Agrega el citado profesor peruano que es necesario colocarnos en el supuesto en que el acreedor no tenga gran interés en el cumplimiento de la obligación, o quiera ser benevolente con el deudor, y no exigirle la ejecución de su prestación. En este sentido, mientras el deudor cuente con la tolerancia del acreedor, puede decirse que está excusado su retraso.

En síntesis, Rosendo Badani piensa que ya sea por un hecho o por circunstancias independientes a la voluntad de las partes o por la actitud del acreedor, puede ocurrir que el retraso del deudor esté excusado, por lo que en ninguno de estos casos pueda serle imputable la demora. De ello se desprendería la imposibilidad de configurarse la situación jurídica de la mora del deudor.

3077 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, pp. 121 y 122.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Coincidimos plenamente con lo expresado por Badani, ya que, como dijimos, no hay mora sin culpa.

La mora deriva necesariamente de una situación en la cual preexista el incumplimiento imputable al deudor, vale decir, un incumplimiento que obedezca a dolo, culpa inexcusable o culpa leve del deudor.

Si dicho incumplimiento fue atribuible a causas no imputables (caso fortuito, fuerza mayor o incumplimiento a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias), podrá haber retraso, pero no mora.

En esta línea de pensamiento se halla Héctor Lafaille[3078], quien afirma que la mora envuelve una idea de culpa. En este sentido, el deudor se retrasa por una causa que le es imputable. Además —agrega dicho autor— es importante destacar que la culpa del deudor que no cumple con su obligación es presumida por el Derecho. En tal virtud, el acreedor no necesita probar la existencia de la culpa; es el deudor quien tiene que acreditar un descargo a su favor por medio del caso fortuito o la fuerza mayor.

José Cano[3079] comparte la posición de los autores citados. Considera que si bien la mora está constituida básicamente por el fenómeno objetivo del retraso o retardo en la ejecución de la prestación obligatoria, resulta evidente que tal presupuesto no basta para establecer una situación de mora. Esto responde a la incuestionable tensión dialéctica entre lo subjetivo-individual (autonomía de la voluntad; liberal-individualismo) y lo objetivo y social (seguridad jurídica; formalización de la realidad; *numerus clausus*; tipología) que reposa en el concepto de negocio jurídico.

A entender de José Cano, la culpabilidad que existe en la mora, y que es necesario que se dé en ésta, es una culpabilidad cualificada, lo que supone la exigencia de un requisito objetivo que permita o imponga dicha calificación. Se trata de la interpelación. En este sentido, no basta que ésta se haga; es necesario, además, que llegue a conocimiento del deudor y que éste se oponga a satisfacer la prestación a tiempo. Entonces, señala el citado autor, se añade a la posible culpabilidad determinante del retraso un matiz que supone la potenciación del tal elemento. Esto repone la resistencia al cumplimiento debido del deudor y exige la deliberada intención de no cumplir.

En torno de lo expresado —anota Cano— se ha dicho que el concepto jurídico de la mora, diferente al común de simple retraso, presupone, como elemento esencial, que el incumplimiento sea debido a culpa, y de ahí que en las obligaciones *cercabili,* es decir, aquéllas en las que el acreedor debe buscar al deudor en su

3078 Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, tomo VI, volumen I, p. 65.

3079 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 27-30.

domicilio para que éste le pague, sea necesario que antes le avise de su intención de cobrar y, de esta forma, lo constituya en mora.

Debemos expresar que el Código Civil peruano establece en su artículo 1238 que 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.

Esto significa que el deudor, en principio, no debe ir a pagar al domicilio de su acreedor. Es el acreedor quien debe apersonarse al domicilio del deudor para cobrarle. La norma, en consecuencia, plantea un problema muy actual en lo que respecta a la constitución en mora, pues si se tratase de mora por intimación o requerimiento, ella no existiría si el acreedor no reclamara el pago en el domicilio del deudor.

Se percibe con claridad, por lo tanto, que el incumplimiento de una obligación debe obedecer a un acto culposo del deudor, para que luego se pueda encontrar en situación moratoria.

Pero, ¿cómo se podría asumir aquella situación en la cual el deudor incumpla sin culpa, por el simple hecho de que el acreedor no concurra a cobrar?

Aquí se podría aceptar que existiría un cierto grado de culpa, no en el deudor, sino en el propio acreedor, al haber impedido con su conducta que el deudor pueda pagar.

Esta afirmación obedece a que en la hipótesis prevista el deudor que intenta cumplir su obligación efectuaría un acto absolutamente voluntario y optativo, ya que no se encontraría obligado a pagar en el domicilio de su acreedor, ni a consignar lo debido.

Resulta evidente que estos conceptos no serían aplicables cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor. En este caso, si el deudor no concurriese a pagar a dicho domicilio en el momento debido, tal situación daría lugar a que el acreedor pudiera exigir el pago. Y ese requerimiento constituiría en mora al deudor incumplido.

Si en este supuesto se hubiera pactado mora automática, la sola ausencia de pago en el tiempo convenido determinaría la existencia de mora.

Según José Cano, en la actualidad se viene aduciendo, sistemáticamente, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad derivada de culpa, con la finalidad de impedir que el deudor no responda de la mora debida a negligencia propia.

Sin embargo, se excluye de responsabilidad por mora al deudor cuyo retraso en el cumplimiento se origina en fuerza mayor o caso fortuito. Situación muy diferente es la de aquel deudor moroso que responde aun del caso fortuito si éste se produce después que hubiese estado constituido en mora, salvo que pruebe que

LIBRERÍA MARIO CASTILLO FREYRE

el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo. La existencia o no de culpa se aprecia al momento de la constitución en mora, ni antes ni después.

En el Derecho peruano, según establece el artículo 1328 del Código Civil, es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quienes éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Ello significa que, dentro del régimen legal peruano, cabe renunciar o limitar la responsabilidad por inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, cuando ella obedezca a culpa leve del deudor. Resulta evidente que en estos casos sólo sería posible que se generaran los efectos moratorios, si el incumplimiento obedeciera a dolo o culpa inexcusable.

Cano señala que la jurisprudencia española ha insistido en otro aspecto diferente de los estudiados, pero también incluido dentro del tema de culpabilidad.

Reiterativamente, Cano afirma la necesidad de la mala fe en el deudor, para que a éste se le entienda culpable de la mora que produce; lo que, *contrario sensu,* significaría la imposibilidad de entender moroso al deudor que no satisface la prestación por creerla no debida o por estimarla excesiva y debida sólo en parte.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, pues en el Derecho peruano para que haya mora no es necesaria la existencia de dolo; basta la culpa, ya sea inexcusable o leve.

Por otro lado, existe una posición doctrinal contraria a la expuesta, que considera que la culpa (elemento subjetivo de la mora) no es realmente un elemento esencial en la configuración de la situación jurídica de mora.

Se trata de quienes proponen la existencia de la denominada «mora objetiva».

En esta línea de pensamiento se halla Guillermo A. Borda[3080], quien opina que la culpa no es un elemento constitutivo de la mora y que éste es un concepto puramente objetivo, distinto del problema de la responsabilidad derivada de la mora, en el cual resulta relevante la idea de imputabilidad. Es sólo con relación a este problema que interesa indagar si existe culpa o dolo. Refiere que no cree que nada de lo sostenido por él sea contradictorio con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 509 del Código Civil argentino[3081]; por el contrario, opina que esa disposición se adecua perfectamente a su tesis.

3080 Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 330-333.

3081 El último párrafo del artículo 509 del Código Civil argentino prescribe lo siguiente: «Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable».

Según Borda, en este artículo se distingue entre la mora y las responsabilidades derivadas de ella, y opina que no habrá responsabilidad si el deudor prueba que la mora no le es imputable. El citado autor concluye expresando que puede haber una mora no imputable que no genera responsabilidad.

En este sentido, Borda resta total importancia al factor subjetivo de imputabilidad (culpa) como elemento constitutivo de la configuración de la mora del deudor. De esta manera, Borda entiende a la mora como un simple retraso, desconociendo una distinción que la doctrina moderna no discute.

Wayar[3082], por su parte, considera que entre ambas figuras existe una diferencia esencial, ya que mientras el simple retardo es una situación fáctica, caracterizada como un transcurso intrascendente por sí solo para el Derecho, la mora es una situación jurídica, fundamentada en un juicio de reproche a la conducta del deudor que retrasa indebidamente el cumplimiento.

Wayar continúa afirmando que la concepción que tiene Borda sobre la mora refleja que desconoce que dicho concepto involucra tanto el retardo como la responsabilidad derivada de éste. En tal sentido, la mora es una situación jurídica compleja que se integra con un supuesto de hecho (el retardo), al cual la ley otorga una determinada consecuencia (la responsabilidad del deudor). Anota, además, que para el Código argentino la situación de mora supone un retardo imputable y no un mero retardo, como sostiene la tesis descrita.

El autor citado entiende que el error del argumento de Borda radica en la afirmación de que puede existir una mora no imputable. Esta aseveración es incorrecta, ya que, muy por el contrario, si no hay imputabilidad nunca podrá configurarse una verdadera situación de mora.

Por otro lado, Wayar considera que la tesis de Borda introduce en el lenguaje jurídico una confusa terminología, ya que emplea el vocablo mora para designar el simple retardo (sin responsabilidad), por lo que parecería que para Borda no existe más remedio que distinguir dos especies de mora, una imputable (con responsabilidad) y otra no imputable (sin responsabilidad). De esta manera, lo que la mayoría conoce como simple retardo, sería en realidad —según el citado profesor— mora no imputable, y lo que todos llamamos mora, se llamaría mora imputable. Wayar concluye expresando que tal fraseología resulta por demás inconveniente.

En la línea de pensamiento de Borda se hallan Cazeaux y Trigo Represas[3083], quienes consideran que de acuerdo con lo expresado por la última parte del artículo 509 del Código Civil argentino, se puede afirmar que la culpa o el dolo del deudor no integrarían el concepto de mora y sólo se relacionan con la responsabilidad. En este sentido, basta que se haya producido el retardo, y la interpelación en los

3082 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 331.

3083 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 115.

casos en que ésta es necesaria, para que el obligado esté objetivamente en mora. Sin embargo, con respecto de la responsabilidad surgida de ese retardo, el deudor puede eximirse de ella probando que no le es imputable. Por consiguiente, si el deudor demuestra que el retardo incurrido obedece a un caso fortuito o de fuerza mayor, queda eximido de las responsabilidades derivadas de la mora.

A la posición de Cazeaux y Trigo Represas, por ser de contenido muy similar a la tesis de Borda, le son aplicables las mismas críticas y objeciones formuladas por Wayar.

Además, es pertinente anotar la observación del propio Wayar[3084], cuando expresa que él interpreta la afirmación de Cazeaux de que el retardo es suficiente (y la interpelación, en su caso) para que el obligado esté objetivamente en mora, en el sentido de que se está invirtiendo la carga de la prueba —no a la innecesariedad de la culpa—. De esta manera, la culpa del deudor en el retardo se presumiría, y quedaría a cargo de éste demostrar lo contrario.

Por nuestra parte, inferimos de las palabras de Wayar, interpretando la opinión de Cazeaux, que ellas deben ser entendidas con el significado de que si bien la culpa del deudor se presume en el incumplimiento de la obligación (artículo 1329 del Código Civil peruano de 1984), ello no significa que para que haya mora se pueda prescindir de la culpa.

Wayar añade que la presunción de culpabilidad nos llevaría a concebir la situación de mora como un fenómeno puramente objetivo, en el que predomina el retardo o incumplimiento material. Sin embargo —en contra de este punto de vista—, la culpa se configura en un elemento fundamental para dar nacimiento a la situación de mora, de modo que si el deudor llegara a demostrar que su conducta es irreprochable, habría eliminado la situación de mora y, por ende, toda responsabilidad.

Otro de los autores que ha defendido el concepto de mora objetiva es Puig Brutau[3085].

Dicho profesor inicia su investigación analizando y comparando —en relación con el incumplimiento— los dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental: la tradición romana y el *common law.* El autor citado afirma que ambos sistemas pretenden estar radicalmente separados al momento de juzgar la conducta del deudor que no cumple lo debido; pero, sin embargo, esta antinomia es sólo aparente. Puig Brutau considera que referirse a uno u otro sistema como fundados en el principio de la culpa para el sistema romano y en la responsabilidad objetiva para el *common law,* indica cierta confusión de ideas.

3084 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 334 y 335.
3085 Puig Brutau, José. *Op. cit.*, pp. 417-420.

FONDO EDITORIAL PUBLIO MARIO CASTILLO FREYRE

El autor citado opina que el postulado de la responsabilidad objetiva o sin culpa no puede invocarse con igual sentido en relación con quienes ya son deudores en virtud de una obligación constituida, que entre quienes no están todavía enlazados por una obligación al sobrevenir el acto generador de responsabilidad. Dicho de otra forma, la responsabilidad objetiva de la persona que ya está obligada sólo puede significar algo tan obvio como que la obligación obliga y el cumplimiento de la prestación no está excusado por ningún hecho o circunstancia que haya sobrevenido.

Todo lo contrario sucede tratándose de la responsabilidad objetiva en la esfera tradicionalmente llamada extracontractual: los criterios de política jurídica —decisivos en Derecho, porque son los únicos que justifican la existencia del Derecho como institución humana— son, en este caso, completamente diferentes. En el ámbito extracontractual no se trata de averiguar algo que en principio es tan evidente, sino de saber si debe nacer una obligación entre quienes no están enlazados por ninguna relación propiamente obligatoria.

En síntesis, para Puig Brutau la responsabilidad del deudor en la esfera contractual se funda no en la culpabilidad de su comportamiento, sino en el hecho objetivo del incumplimiento. Lo contrario implicaría exigir que el deudor ya comprometido sea además culpable del retardo, lo que según Puig Brutau sería como afirmar que la obligación ya efectivamente constituida necesita todavía del complemento de otra causa de obligar, como sería la culpa, en caso de incumplimiento.

En lo que se refiere a la concepción de la situación de mora, Puig Brutau señala que hay cierto contrasentido entre afirmar que la situación de mora requiere culpa del deudor y la aseveración que la carga de la prueba de la ausencia de culpa recae, precisamente, en el deudor.

Frente a esta posición, Wayar[3086] piensa que no porque la ley invierta la carga de la prueba se está instaurando un régimen de responsabilidad objetiva. En este sentido, la culpabilidad es siempre necesaria, ya sea el acreedor quien deba probar su concurrencia, ya sea que el deudor deba demostrar su inexistencia. La responsabilidad por mora sería objetiva si la ley, en mérito al solo incumplimiento —sin que importe si el deudor puede o no probar su inculpabilidad— lo hiciera responsable de las consecuencias del retardo. Además, el Código español se limita a invertir la carga de la prueba sin suprimir la culpabilidad.

Sobre la negación de la mora objetiva resulta ilustrativo el parecer de Jorge Eugenio Castañeda[3087]. Él criticaba, con razón, el artículo 1256 del Código Civil peruano de 1936, que permitía al deudor exonerarse de responsabilidad probando que había incurrido en mora sin culpa alguna de su parte. Sin embargo, éste, en

3086 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 338.

3087 Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 192.

realidad, no era un caso de mora. Se trataba de un retardo en el cumplimiento de la obligación no imputable al deudor que, por lo tanto, producía efectos jurídicos muy distintos a los de la mora.

El Código Civil de 1984 corrige ese error conceptual en su artículo 1336, al disponer que el deudor se libera de responsabilidad cuando prueba que ha incurrido en retraso sin culpa. El Código vigente no alude a la mora sin culpa, sino al retraso sin culpa, porque esta situación jurídica no constituye en mora al deudor.

Castañeda añade que para que el deudor quede constituido en mora es necesario que se trate de un retraso en el cumplimiento de la obligación que le sea imputable. Pero también es necesario que la obligación, no obstante el retraso, sea de posible cumplimiento. Debe tratarse, en suma, de un retardo, no de una inejecución total. El deudor debe tener la posibilidad, aunque tardíamente, de cumplir la obligación.

7.3. La constitución en mora: elemento formal de la situación de mora del deudor

Antes de iniciar propiamente el desarrollo del tema en cuestión, resulta pertinente mencionar de manera muy precisa —ya que posteriormente abordaremos con mayor detenimiento el tema— la distinción que efectúa Wayar[3088] en torno a los términos «constitución en mora» e «interpelación».

Al respecto, el autor citado señala que la doctrina suele utilizar como sinónimos las expresiones constitución en mora e interpelación, o bien les asigna significados equivalentes. Esta supuesta sinonimia puede inducir al intérprete a error y persuadirlo de que la única vía para constituir en mora al deudor es la interpelación por el acreedor.

Lo cierto —añade Wayar— es que entre constitución en mora e interpelación existe una clara relación de género a especie. En este sentido, mientras con la primera se alude a las diferentes formas por las que el deudor puede quedar incurso en mora, con la segunda se designa una de aquellas formas en particular: la que se concreta mediante la actuación del acreedor (*interpellatio*).

Por consiguiente, si se interroga: ¿el único medio constitutivo de la mora del deudor es la interpelación?, se obtiene una respuesta negativa; la ley tiene previstas diferentes formas para alcanzar este objetivo. La *interpellatio* es sólo una de ellas.

Wayar agrega que dicha terminología surge del lenguaje del Código Civil argentino, ya que en numerosas disposiciones de ese cuerpo normativo se condiciona la sanción a la previa constitución en mora del obligado, expresión a la que el legislador otorga un sentido general y amplio, es decir, no se refiere a una forma determinada sino a cualquier modo constitutivo del estado de mora.

3088 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 357-359.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La doctrina también utiliza indistintamente los términos interpelación, intimación, requerimiento, etcétera. Frente a esta realidad, Cano[3089] propone la distinción entre las palabras interpelación e intimación. Con la primera se designaría la declaración de voluntad formulada por el acreedor. En cambio, la intimación se concretaría cuando el deudor tome efectivo conocimiento de aquella declaración por la que se exige el cumplimiento. En este sentido —precisa el citado autor—, mientras la interpelación es imprescindible, ya que el acreedor debe siempre manifestar su voluntad de exigir el pago, la intimación puede faltar (por ejemplo, deudor ausente, interferencias que impidan que el requerimiento llegue a conocimiento del *solvens*, etcétera).

De acuerdo a la Real Academia Española,[3090] «interpelación» es «Acción y efecto de interpelar», en tanto que «interpelar», en su segunda acepción, significa «Requerir, compeler o simplemente preguntar a alguien para que dé explicaciones o descargos sobre un hecho cualquiera».

De otro lado, la palabra «intimación»[3091] es «Acción y efecto de intimar», en tanto que «intimar» significa «Requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo».

En adición a lo expuesto, «requerimiento»[3092] es definido como «Acción y efecto de requerir. Acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar algo. Aviso, manifestación o pregunta que se hace, generalmente bajo fe notarial, a alguien exigiendo o interesando de él que exprese y declare su actitud o su respuesta»; en tanto que la palabra «requerir» significa «Intimar, avisar o hacer saber algo con autoridad pública. Necesitar».

De las definiciones expuestas podríamos llegar a la conclusión de que las acepciones que se utilizan con frecuencia en materia moratoria, no necesariamente corresponden, en estricto, a aquéllas de nuestra lengua española.

- Ello, por cuanto «interpelar» no es exactamente un acto que se efectúe para que una persona dé explicaciones sobre un hecho cualquiera. La interpelación no tiene por finalidad, en materia moratoria, obtener explicaciones por parte del deudor, así como tampoco requerir o compeler explicaciones, sino requerirlo o compelerlo con la finalidad de que cumpla con sus obligaciones.

En cambio, el significado de «intimar» en materia moratoria sí se acerca más al sentido idiomático del término, en la medida en que constituye una declaración o notificación al deudor, haciéndole saber que se le está requiriendo el pago,

3089 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 57 y 58.
3090 Real Academia Española. *Op. cit.*, tomo II, p. 1293.
3091 *Ibidem*, p. 1295.
3092 *Ibidem*, p. 1953.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

precisamente con la autoridad y la fuerza que tiene todo acreedor, en su condición de tal, para ser obedecido.

Finalmente, la expresión «requerimiento», dentro de las acepciones anotadas, es el acto judicial por el que se intima que se haga o se deje de ejecutar alguna cosa. En tal sentido, el requerimiento en materia moratoria tendría, en cuanto a este significado, fundamentalmente similitud con la constitución en mora de carácter judicial.

No obstante ello, el segundo significado anotado de la palabra «requerimiento» se acerca a la constitución en mora extrajudicial, ya que sería el aviso o manifestación que se hace a alguna persona (el deudor), exigiendo que exprese y declare su actitud o su respuesta. Se entiende que dicha actitud o respuesta requerida no es otra que el pago.

Ahora bien, no obstante que la Real Academia Española menciona que el requerimiento por lo general se formula bajo fe notarial, lo hace simplemente de modo indicativo, ya que no es necesario que éste se efectúe mediante carta notarial, a pesar de constituir ese medio de comunicación la vía más certera en cuanto a su ulterior carácter probatorio.

En adición a lo expuesto, es evidente que el significado de la palabra «requerir» se acerca al tema moratorio, ya sea por intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública (la autoridad pública estaría dada por las facultades que el Derecho confiere a todo acreedor para hacer valer sus derechos, con respecto al deudor).

Pero requerir también se acerca al significado de necesitar o hacer necesaria alguna cosa. Resulta evidente que cuando el acreedor requiere o efectúa un requerimiento con respecto a su deudor, le está manifestando que necesita que se le pague.

De lo expuesto podría deducirse que si bien es cierto que las expresiones «interpelación», «intimación» y «requerimiento» se utilizan en la práctica de manera indistinta para indicar lo mismo, las dos últimas, vale decir, «intimación» y «requerimiento», son aquellas cuyos significados se acercan de modo más notorio al tema de la mora.

8. Efectos de la mora del deudor

Con respecto a los efectos de la mora del deudor, Llambías[3093] considera que el efecto propio de la mora es hacer jurídicamente relevante el incumplimiento del deudor. Lo demás que se imputa al estado de mora, corresponde al mismo incumplimiento del deudor que ha quedado configurado por la constitución en mora, con o sin interpelación, según los casos.

3093 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 161.

En nuestra opinión, no puede afirmarse categóricamente que la ausencia de mora del deudor —una vez producido el incumplimiento— genere una situación jurídicamente irrelevante.

En primer término, el Derecho de Obligaciones gira en torno al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, de modo tal que no es irrelevante para el Derecho que una obligación se haya cumplido o no.

En adición, tampoco es irrelevante para el Derecho que se considere que en el plano teórico el acreedor ha concedido un plazo adicional al deudor para el cumplimiento de su obligación, pues en este caso surgirán todas las consecuencias propias de la situación de espera de cumplimiento que en su oportunidad hemos estudiado.

En otras palabras, si bien no podemos hablar de inejecución de obligaciones, sí existirá ausencia de ejecución debida en los términos pactados por las partes o establecidos en el título constitutivo de la obligación.

Para exponer didácticamente los efectos de la mora del deudor, consideramos propio analizarlos de manera singular.

8.1. Hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que se originen

Al respecto, Llambías[3094] sostiene que la mora es el primer presupuesto de la responsabilidad del deudor. Para poder exigir esta responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados al acreedor hay que comenzar por establecer el estado de mora del deudor.

Agrega dicho autor que la mora del deudor, si su cumplimiento ulterior es factible y resulta útil para el acreedor, obliga a aquél a responder por el perjuicio que la tardanza en el pago le ha irrogado al acreedor: es lo que se denomina daño moratorio, que como una especie de daño que es, se rige por los principios generales referentes al daño.

Resulta claro que los daños y perjuicios moratorios son aquéllos que se derivan desde el momento de la constitución en mora hasta la finalización del estado moratorio, entendiéndose que tal finalización no sólo ocurre cuando el deudor cumpla la obligación, sino por alguna otra causa, como cuando el acreedor decide resolver el contrato o le resulte inútil el cumplimiento de la prestación debida o se pierde la prestación, o se presenta alguna circunstancia similar.

Es evidente, acogiendo uno de los supuestos citados, que a partir del momento de la resolución del contrato, el deudor ya no se encontrará en mora, pero el deudor tampoco habrá cumplido.

3094 *Ibidem*, p. 162.

Sin embargo, los daños y perjuicios moratorios se circunscriben única y exclusivamente al periodo que jurídicamente es identificado como tal, sin que puedan ampliarse al periodo de demora en sentido amplio.

Ello no significa que durante el periodo de demora en sentido amplio no puedan generarse otros daños y perjuicios que no sean los moratorios. Pero en estos casos ellos no merecerían el calificativo de moratorios, sino de compensatorios.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff[3095] las consecuencias de la mora en el Derecho común pueden ser derivadas del principio de que el deudor es responsable hacia el acreedor de todos los daños causados por la mora. El acreedor podría exigir la prestación debida y la indemnización del daño producido por la dilación. Pero si la prestación no tuviera ya interés alguno para el acreedor (o sea, si ya no sirviera para mantenerlo indemne), podría exigir que se le resarciese en metálico la totalidad del daño o, tratándose de obligaciones recíprocas, en lugar de eso, denegar su propia prestación o, si la hubiera realizado ya, pedir su restitución.

Héctor Lafaille[3096] considera que los daños y perjuicios resultantes del retardo tienden tan sólo a reparar el detrimento que él origina, y pueden acumularse con los compensatorios derivados de la inejecución, cuando luego opta el acreedor por exigir la prestación y no obtiene resultado; o bien con los que a él corresponda si el contrato se rescinde.

Coincidimos plenamente con lo expresado por Lafaille, en la medida en que tal como ya lo hemos estudiado, los daños y perjuicios moratorios son complementarios de los daños y perjuicios compensatorios, en tanto ambos tienden a indemnizar hechos dañosos distintos, los que no se superponen, sino se complementan.

Por lo demás, la aplicación de los daños y perjuicios moratorios y compensatorios se encuentra regulada con pulcritud por nuestro Código Civil, cuerpo sustantivo que acepta expresamente la acumulación de ambos.

A decir de Borda[3097], constituye uno de los efectos de la mora que el deudor esté obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude.

En lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 1336 del Código Civil dispone que el deudor que estuviese en mora responde de los daños y perjuicios, y aun de la imposibilidad sobreviniente por causas que no le sean imputables, pudiendo sustraerse de esta última responsabilidad si prueba que el evento dañino habría alcanzado a la prestación, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo. Sin embargo, de este artículo nos encargaremos posteriormente.

3095 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen 1, p. 267.

3096 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, volumen 1, p. 165.

3097 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 85.

8.2. Traslada los riesgos al deudor moroso

Lafaille[3098] considera que es trascendental el *periculum,* que hace gravitar sobre el obligado la pérdida o deterioro del objeto a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor: si he recibido una cosa para restituirla y luego incurro en mora, debo siempre abonar su valor o entregar otro objeto equivalente, salvo que el retardo se haya originado como consecuencia de otro caso fortuito o de fuerza mayor. Asimismo, esta responsabilidad desaparece si el objeto hubiere perecido de igual modo en poder del acreedor.

Llambías[3099], por su parte, expresa que la mora opera la traslación de los riesgos que pesaban sobre la prestación (cosa, hecho, abstención) del acreedor al deudor.

El riesgo —según Llambías— es la contingencia de que la cosa debida no pueda ser entregada, que el hecho u omisión debidos no puedan ser realizados por alguna causa ajena a las partes.

Borda[3100] enseña que el deudor es responsable por los daños y perjuicios que con posterioridad a ese momento sufra la cosa debida, aunque ellos se hayan producido por caso fortuito, a menos que la cosa se hubiera dañado o hubiere perecido igualmente, aunque hubiese estado en poder del acreedor.

Agrega Borda que, si la obligación se ha hecho de cumplimiento imposible después de la mora, el deudor debe los daños y perjuicios consiguientes, por más que la imposibilidad haya derivado de una fuerza mayor, salvo que demuestre que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor; pero ya no seguirán corriendo intereses moratorios.

Por nuestra parte, y en relación con la denominada transferencia del riesgo originada por la mora del deudor, recordamos que la regla general en el Derecho de Obligaciones se encuentra plasmada en el artículo 1138 del Código Civil de 1984, que establece para los casos en que el bien se pierda sin culpa de las partes el *periculum est debitoris*, lo que significa que el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere, corre a cargo del deudor.

Los fundamentos de esa norma los hemos desarrollado cuando analizamos el precepto. Por ello no vamos a ahondar sobre el tema.

Sin embargo, es pertinente precisar que cuando aludimos a la «transferencia del riesgo» en la mora del deudor, estamos haciendo referencia a que si el deudor —que todavía no ha entregado el bien cierto— ya ha sido constituido en mora, tal situación acarreará como consecuencia que si el bien se perdiese sin culpa de ninguna de las partes (deudor y acreedor), vale decir, que se perdiera por un caso

3098 Lafaille, Héctor. *Op. cit.*, tomo IV, volumen I, pp. 165 y 166.
3099 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 162.
3100 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 85-87.

fortuito o de fuerza mayor, o incluso si el deudor hubiese hecho todo lo posible para cumplir, pero a pesar de ello no hubiera podido hacerlo empleando la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, no es que vayamos a aplicar la regla inversa, vale decir el *periculum est creditoris*; lo que ocurrirá es que se acentuarán las consecuencias negativas en perjuicio del deudor incumpliente.

Ello implica que se seguirá aplicando *el periculum est debitoris,* pero el deudor moroso deberá responder por los daños y perjuicios moratorios y compensatorios como si el bien se hubiese perdido por culpa suya.

Lo que acabamos de explicar nos lleva a considerar que, en estricto, tal vez no debería hablarse de «transferencia del riesgo», en lo que respecta a la mora del deudor, sino de «agravamiento del riesgo».

8.3. Inhabilita al deudor moroso para constituir en mora a su contraparte

Llambías[3101] considera que el estado de mora inhabilita al moroso para poder constituir en mora a la contraparte. Es en este contexto que los incumplimientos recíprocos se neutralizan.

En su oportunidad expresamos que la mora de una parte es excluyente de la mora de su contraparte. Ello equivale a decir que acreedor y deudor no pueden encontrarse simultáneamente en mora: o ambos no estarán en mora o sólo uno de ellos lo estará.

El punto bajo análisis es mera consecuencia de lo estudiado en su momento y se rige por similares principios.

8.4. Faculta a la contraparte para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato

Borda[3102] considera que uno de los efectos importantes de la mora del deudor es que deja expedita la acción del acreedor, sea para reclamar el cumplimiento del contrato, sea para pedir su resolución.

Borda añade que la mora no obsta el deber de cumplir la obligación ni el derecho del deudor de cumplirla, mientras el acreedor no haga uso de su derecho de resolver el contrato; por ello, se ha declarado que no resulta justificada la actitud de los compradores de rechazar la posesión de un inmueble que les es ofrecida aduciendo la mora del vendedor, si al propio tiempo no hacían valer esa mora para resolver el contrato.

3101 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 162.
3102 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 86.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

En esta línea de pensamiento se halla Jorge Joaquín Llambías[3103], quien expresa que la mora autoriza a la otra parte a resolver el contrato cuando se ha previsto la resolución sobre la base del incumplimiento del deudor, que incluye una facultad resolutoria implícita en los contratos con prestaciones recíprocas.

Agrega el profesor citado que para hacer valer la resolución del contrato es requisito previo la constitución en mora, lo que se explica porque la resolución del contrato se basa en el incumplimiento de la otra parte y sin mora no ha quedado configurado el denunciado incumplimiento.

Lo expresado tiene como correlato el hecho de que la mora del deudor implica la prohibición para éste de poder resolver el contrato.

8.5. Podría implicar la revalorización de las obligaciones de dar sumas de dinero

Respecto a los efectos de la mora del deudor cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, Llambías[3104] afirma que, de conformidad a sendos fallos plenarios emitidos por los juzgados argentinos, corresponde revalorizar una deuda de dinero en relación con la depreciación monetaria cuando el deudor hubiere incurrido en mora.

En esta línea argumentativa se halla Messineo[3105], quien entiende que, respecto a la deuda expresada en moneda, la mora del deudor tiene como efecto aumentar la importancia del daño en el caso de que disminuya el poder adquisitivo de la moneda. En este sentido, debe aumentar, en proporción, el resarcimiento; esto, en derogación del principio nominalista, pero siempre que concurran todos los requisitos para que pueda decirse que el deudor está en mora y siempre que no se haya establecido convencionalmente la medida de los intereses moratorios.

Agrega el citado autor que el mayor daño depende de la circunstancia de la desvalorización de la moneda en la cual deba efectuarse el pago; después del vencimiento, el riesgo de la desvalorización y el disminuido poder adquisitivo de la moneda debe gravar sobre el deudor en mora.

Este parecer es compartido por Cazeaux, Brebbia, Alterini, Mosset Iturraspe y Zannoni[3106], quienes consideran que en el caso de la restitución de sumas de dinero, de existir mora, la prestación deberá revalorizarse a tenor de la depreciación monetaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3103 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 162 y 163.

3104 *Ibidem*, p. 163.

3105 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Obligaciones. Op. cit.*, tomo IV, pp. 340 y 341.

3106 Cazeaux, Pedro, Roberto Brebia, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Mosset Iturraspe, Eduardo Zannoni. *Temas de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980, pp. 135-137.

Desarrollando la opinión específica de los citados autores, observamos que Alterini entiende que, si el incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero es doloso, cabe una revalorización plena de la deuda, mientras que si el incumplimiento es meramente culpable, corresponde revalorizar la deuda sólo en la medida del daño, aun presumible, que sufriera el acreedor.

Por su parte, Mosset Iturraspe afirma que debe efectuarse el reajuste aun cuando el acreedor de la restitución, a quien va a beneficiar dicho reajuste, fuera el incumpliente. Es decir, que aun la parte en mora debe recibir una moneda de valor actualizado.

Nosotros reconocemos el espíritu de justicia de los argumentos aducidos por los profesores citados.

Sin duda, una vez más se pone en debate el espinoso y siempre polémico tema del nominalismo y el valorismo.

De un lado, tenemos al nominalismo, que puede calificarse como frío o carente de sentimientos, indiferente a la fluctuación de los valores de las prestaciones dinerarias; y, por otro, al valorismo, que tiene siempre presente que lo que debe pagarse son valores y no cantidades nominales, que por más que sean iguales, muchas veces consagran injusticias notorias.

Pero esta discusión —interminable por cierto, sobre todo en las épocas de inestabilidad monetaria— ha quedado zanjada en nuestra legislación a través de preceptos que, independientemente de cuestionamientos coyunturales, no han sido ni son materia de propuesta de modificación alguna.

Como sabemos, el Código Civil peruano de 1984, al igual que su predecesor inmediato de 1936, consagra como regla general el nominalismo, previsto en forma expresa por el artículo 1234, que establece 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, también recordamos que dicho precepto tiene dos notorias excepciones.

La primera, constituida por lo dispuesto en el artículo 1235 que prevé los pactos valoristas, que no son otra cosa que estipulaciones contractuales que pueden ser convenidas por las partes con el propósito de mantener un valor constante de la prestación debida, con referencia a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, o a otros índices que pueden adoptarse con la mayor libertad.

Pero no debe olvidarse que las cláusulas valoristas no rigen en los contratos de manera automática, sin que previamente hayan sido convenidas por las partes.

La segunda excepción a la regla nominalista del artículo 1234 está prevista por el artículo 1236, precepto que recoge el tema de las denominadas deudas u

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligaciones de valor, que son aquéllas que por su naturaleza no pueden ser apreciadas como simples deberes de restituir cantidades de dinero fijas, sino valores que representan a las prestaciones a ejecutar, que tienen sus casos más representativos, aunque desde luego no únicos, en deudas nacidas como fruto de expropiaciones o en la restitución de lo indebidamente pagado por quien lo hubiese recibido actuando de mala fe.

De lo expresado se desprende una conclusión importante: dentro del régimen legal peruano sólo puede asumirse el valorismo en los supuestos de las cláusulas valoristas y de las obligaciones de valor previstas por los artículos 1235 y 1236 del Código Civil, respectivamente.

Una vez expuestos, en apretada síntesis, el nominalismo y el valorismo, cabe formularse la siguiente pregunta: si un deudor incurre en mora, ¿la prestación debida por él debe regirse por principios de carácter nominalista o valorista?

En nuestra opinión, no existen argumentos legales, dentro del ordenamiento jurídico peruano, para sostener la aplicación de principios valoristas a deudas de esa naturaleza. En otras palabras, no hallamos razones para afirmar que una obligación de un deudor en mora, deba reajustarse automáticamente por los tribunales, aplicándole algún índice de reajuste no establecido previamente por la ley.

No entienda el lector por ello que las reglas legales auspician en estas situaciones impunidad por el Derecho. En efecto, los mecanismos que contempla nuestro ordenamiento legal para solucionar estos problemas, no pasan por la aplicación del principio valorista, sino por remedios distintos.

Como sabemos, cuando el deudor se encuentra en mora, él deberá ser condenado al pago de intereses moratorios, en caso de que se trate de obligaciones de dar sumas de dinero.

Y si nos referimos a las obligaciones no dinerarias, el acreedor podrá reclamar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios moratorios, cuyo concepto no se encuentra circunscrito por norma legal alguna en el Derecho peruano. Inclusive, a solicitud del acreedor perjudicado, y dentro del necesario criterio y ponderación judicial, la indemnización podría comprender la desvalorización del bien, si razonablemente dicho parecer resultara aplicable.

En otros términos, si bien el valorismo se rige como regla en el caso de mora del deudor, podría considerarse de manera excepcional como un criterio más de análisis por los jueces para configurar el monto o la liquidación de los daños y perjuicios compensatorios o moratorios.

9. Extinción de la mora del deudor

La mora del deudor se extiende en el tiempo hasta que se produzca un hecho que la haga cesar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Peirano Facio[3107] anota que los efectos de la mora del deudor normalmente se prolongan en el tiempo indefinidamente, a menos que intervenga alguno de los hechos significativos de una verdadera extinción de la mora. A esta hipótesis se ha dado tradicionalmente el nombre de purgación de la mora.

Albaladejo[3108] entiende que a pesar de que el Código Civil español no regula explícitamente este punto, del propio papel y fin que la mora desempeña se deduce que esos hechos pueden ser diversos. De éstos y otros más nos ocuparemos a continuación.

9.1. El cumplimiento de la obligación

El retraso cesa cuando se cumple la obligación.

Según Peirano Facio, para que la ejecución tenga el efecto de purgar la mora es necesario que el acreedor no cuente con ningún motivo para rehusarse a aceptar tal ejecución tardía.

En el caso de que el acreedor no posea ninguno de estos motivos, y aun así no quiera recibir la prestación que le es debida, es claro —señala Peirano— que el deudor puede recurrir, eventualmente, al instituto de la consignación, para cumplir con su obligación y quedar liberado, purgando definitivamente la mora.

Por nuestra parte, percibimos con toda claridad que la extinción de la obligación, sea por la causa que fuere, constituye el supuesto por excelencia de cese o extinción de la situación moratoria.

La mora, lo reiteramos, es una situación que implica incumplimiento, pero también la posibilidad de cumplimiento futuro.

Así, en la medida en que la obligación se hubiese extinguido, no cabría cumplimiento futuro alguno por ausencia de vínculo obligacional. Por tanto, tampoco podría haber mora.

9.2. La concesión —denominada moratoria— de una prórroga o aplazamiento del momento del cumplimiento

Según refiere Albaladejo, esta concesión puede tener lugar por voluntad del acreedor (que es el caso normal) o por ley (por ejemplo, ante una catástrofe que afecta a cierta zona, se establece por el Estado que los habitantes alcanzados por ella tengan cierto plazo para hacer efectivas sus deudas). Entonces, si aún no habían incurrido en mora, se retrasa el posible comienzo de ésta, y si ya habían incurrido en ella, cesa para el futuro, hasta que el término finiquite.

3107 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 75-77.

3108 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 191-193.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En opinión nuestra, resulta evidente que si el deudor hubiese acordado con el acreedor la concesión de una prórroga para el cumplimiento de la obligación o si unilateralmente el acreedor concediera una prórroga al deudor para tal cumplimiento (todo ello, a pesar de que el deudor ya se encontraba en mora), determinará que dicha situación moratoria desaparezca, en la medida en que uno de los presupuestos para que exista mora es el retraso en el pago, de modo tal que si hubiera prórroga para el pago, mal podría hablarse de la existencia de un retraso.

9.3. El que incurra en mora el acreedor

Según Albaladejo, puede ocurrir que el deudor moroso ofrezca el pago a aquél que, sin razón, se niega a recibirlo. Entonces, cesa la mora del deudor, ya que se trata de un retraso por culpa de este último y, en adelante, la culpa del retraso pasa a ser del acreedor.

Por nuestra parte, simplemente reiteramos que la situación moratoria del deudor cesará en la medida en que el deudor ofrezca cumplir y dicho ofrecimiento no sea seguido de una aceptación por el acreedor, sino que más bien el acreedor rehúse aceptar el pago.

En este caso, el deudor dejará de estar en mora y el acreedor empezará a encontrarse en esa condición.

9.4. Si se trata de obligaciones recíprocas, que incurra en mora la otra parte

Albaladejo cita como ejemplo, si A vendió a B, y se acordó aplazar el pago del precio, pero entregar la cosa inmediatamente. A, sin embargo, y a pesar del requerimiento de B, no la entrega, por lo que incurre en mora, la que acaba cuando llega el momento del pago del precio y B tampoco paga.

Agrega Albaladejo que, habiendo concluido la mora, ésta no da lugar a nuevos efectos (por ejemplo, el deudor no viene obligado a pagar más intereses moratorios). Pero, independientemente de ello, el deudor sigue obligado a cumplir la prestación y a indemnizar los efectos que la mora había ya producido antes de su cesación (por ejemplo, los intereses moratorios desde que incurrió en mora hasta que se le concedió un aplazamiento del pago). Estos efectos también pueden extinguirse (por ejemplo, el acreedor perdona los intereses devengados); pero, en principio, son cosa aparte de la mencionada cesación. Cuestión distinta, indica, es que el acto que produzca ésta alcance también incidentalmente a aquéllos. Por ejemplo, al conceder el acreedor un aplazamiento al deudor que ya había incurrido en mora puede ocurrir que quede implícita su voluntad de condonar los intereses moratorios ya producidos.

Debemos manifestar nuestra conformidad con las ideas expuestas por Albaladejo, en la medida en que se trata de contratos con prestaciones recíprocas, en los que cada parte es deudora de una prestación, pero acreedora de otra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entonces, debemos preguntarnos qué sucedería si la parte que no ha cumplido reclamara a la otra que cumpla con su respectiva prestación y ésta, a su vez, incumpliese.

En tal caso, a simple vista podría pensarse que ambas partes se encuentran en estado moratorio, en virtud a que en ambas obligaciones el respectivo deudor ha incumplido con ejecutar la prestación debida.

Sin embargo, por una ficción jurídica que va de la mano con la naturaleza de las cosas y con la lógica, deberíamos entender que la mora de una prestación se elimina con la mora de la contraprestación.

En otras palabras, si las dos partes se encuentran en mora en relación con las obligaciones que cada una de ellas debe cumplir con respecto a la otra, es como si ninguna de las dos se encontrara en mora.

Pensamos que en estos casos el Derecho razona de igual modo como lo hace con relación al tema del dolo recíproco, recordando que el artículo 213 del Código Civil peruano establece que: «Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes».

9.5. Extinción, por ausencia de validez, del crédito a que la mora se refiere

A decir de Peirano Facio, esta causa es de simple lógica, pues no podría concebirse el retardo en el cumplimiento de una obligación que ha devenido inexistente.

Nosotros añadimos que son múltiples las causas por las cuales puede extinguirse la obligación cuyo cumplimiento ha estado en condición moratoria.

Pero con estas expresiones no nos estamos refiriendo a la extinción de la obligación derivada de alguno de los medios extintivos de las obligaciones propiamente dichos, o a la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento o por resolución del contrato, o a otras causas similares.

Aquí estamos aludiendo a la posibilidad de que la obligación devengue en nula o se anule.

En estos casos sí estaríamos refiriéndonos a la extinción de la obligación, pero debido a causas especialísimas, que en buena cuenta podrían estimarse con carácter retroactivo y decirse que como la obligación nunca fue válida para el Derecho, resulta jurídicamente imposible hablar de mora.

9.6. La perención de instancia

En opinión de Gagliardo, la perención de la instancia (o prescripción procesal extintiva por inactividad del procedimiento) no deroga los efectos de la constitución en mora ya producida, y dicho estado es válido para determinar el curso de los intereses debidos por el deudor, pues la caducidad no extingue la acción que puede ejercerse en un nuevo juicio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La perención de instancia es lo que en el Derecho Procesal peruano se conoce con el nombre de abandono, materia regulada en los artículos 346 a 354 del Código Procesal Civil de 1993.

El artículo 346 establece en su primer párrafo que cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado. Para el cómputo del plazo de abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda. Para el mismo cómputo, no se toma en cuenta el periodo durante el cual el proceso hubiera estado paralizado por acuerdo de partes, aprobado por el juez.

De otro lado, el artículo 351 regula los efectos del abandono del proceso, al establecer que él pone fin al proceso sin afectar la pretensión. Sin embargo, agrega, su declaración impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año, contado a partir de la notificación del auto que lo declare; debiéndose, asimismo, restituir las cosas al estado que tenían antes de la demanda.

El artículo citado agrega que si por segunda vez, entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, se declara el abandono, se extingue el derecho pretendido y se ordena la cancelación de los títulos del demandante, si a ello hubiera lugar.

De las normas procesales citadas claramente se infiere que el abandono del proceso no extingue la condición moratoria, habida cuenta de que se mantiene vigente la pretensión, lo que implica que quien fue demandante podrá volver a demandar en virtud de esa misma pretensión.

Sin embargo, la perención de instancia o abandono del proceso sí podrá dar lugar a la extinción de la mora, en la medida en que se presente por segunda vez, caso en el cual caduca el derecho y, por obvias razones, también se extingue el estado moratorio.

9.7. El pago por consignación

Mariano Gagliardo anota que el pago por consignación tiene virtualidad semejante al pago, en cuanto a que una y otro extinguen la obligación con todos sus accesorios y garantías. Según el profesor citado, dicho pago por consignación constituye un remedio excepcional y facultativo del deudor y puede responder o no a causas imputables al acreedor.

Es claro, en opinión nuestra, que el pago por consignación, en tanto surta los efectos del pago, extinguirá la obligación y, por consiguiente, el estado moratorio en el que se hubiere hallado el deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Constitución en mora

Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir su obligación.

4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1333

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 733: «El obligado se hace moroso, siempre que haya habido requerimiento por parte del acreedor, u otro acto equivalente, o cuando se ha pactado, que sin necesidad de acto alguno, y por sólo el transcurso del término, sea constituido en mora»; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el artículo 1264: «Incurre en mora el que no cumple con entregar la cosa ya debida después que se le exige, y también el que no la entrega el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciese sin necesidad de pedírsela».

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 regía la materia en el artículo 1437: «Incurren en mora el que no entrega la cosa debida, después que se le exige y el que no la entrega el día señalado, caso de haberse convenido en que la entregara sin necesidad de pedírsela»; mientras que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 211: «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.— No será, sin embargo, necesaria la interpelación del acreedor para que la mora exista: 1.- Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.— 2.- Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que debía de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

para establecer la obligación»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1245: «Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.— Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; 2.- Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1254: «Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.— Empero, no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; 2. Cuando de su naturaleza y circunstancias resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer 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 tema en su artículo 103: «Incurre en mora el obligado, desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.— Empero no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación de la época en que había de entregarse la cosa, o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecerla; 3. Cuando el deudor haya declarado por escrito no querer cumplir la obligación; 4. Cuando la deuda derive de acto ilícito»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 189: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.— Empero no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.— 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.— 3. Cuando la deuda derive de acto ilícito.— 4. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.— 5. Cuando la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor».

Por su parte, el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 trataba sobre el particular en el artículo 1352: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.— Empero no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.— 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.— 3. Cuando la deuda derive de acto ilícito.— 4. Cuando el

deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.— 5. Cuando la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor»; en tanto que el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en su artículo 1300: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.— No es necesaria la intimación para que la mora exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.— 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultase que la designación del tiempo en que había de entregarse la cosa, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.— 3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.— 4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor».

2. Análisis

Antes de comenzar el análisis del artículo 1333 del Código Civil peruano, vamos a detenernos a estudiar la figura de la interpelación, institución que guarda relación íntima con los sistemas de constitución en mora.

2.1. Naturaleza jurídica de la interpelación

Respecto a la naturaleza jurídica de la interpelación, existen en doctrina dos posiciones bien marcadas: una primera concibe a la interpelación como un acto jurídico unilateral y la otra como un hecho jurídico.

Aquélla hace hincapié en que la acción del acreedor debe ser un verdadero acto jurídico unilateral y recepticio, es decir, un acto voluntario y lícito, que tenga por finalidad inmediata la modificación de la relación jurídica existente entre las partes, tanto en lo que a los derechos del acreedor se refiere como respecto a los deberes del deudor[3109].

La finalidad que se persigue con la interpelación es obtener el acto jurídico denominado pago y la constitución en mora con todas sus consecuencias. En este sentido, el fin jurídico inmediato que se busca a través de la interpelación es la constitución en mora del deudor, y el fin mediato es el cumplimiento de la prestación.

Manrique de Lara Morales[3110] sostiene que la interpelación es un acto en el que, en virtud de una declaración de voluntad, se transforma una situación jurídica precedente, en la que precisamente se considera la voluntad de pretender tal alteración, y cuyos efectos son consecuencia y se regulan normativamente, en tanto que no están sujetos a la disposición del declarante. Consecuencia de lo anterior es que para su eficacia es preciso que su contenido llegue a conocimiento del propio

3109 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo I, pp. 142 y 143.

3110 Manrique de Lara Morales, Julio. *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer.* Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001, pp. 234 y 235.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

deudor. Su resultado, por lo tanto, consiste en el conocimiento del deudor de la exigencia del cumplimiento de su obligación.

Por otro lado, es evidente que si la interpelación es un acto jurídico, le son aplicables todos los preceptos generales necesarios para la validez del mismo, por ejemplo, las normas sobre capacidad para contratar.

Además, la interpelación constituiría un acto jurídico unilateral, ya que para su perfeccionamiento sería suficiente la voluntad del acreedor, sin que sea necesario que se integre con la voluntad del deudor. Pero debe ser recepticia, vale decir, dirigida a otra parte específicamente determinada, tal como lo establecen los artículos 1373 y 1374 del Código Civil peruano.

La segunda posición doctrinaria sostiene que la interpelación es un hecho jurídico. Los autores que la adoptan[3111] se basan en que la finalidad que se persigue a través de la formulación del reclamo no es la obtención de una consecuencia jurídica, sino el resultado material, es decir, la realización del pago. Los efectos jurídicos que deriven de éste se producen solamente porque así lo dispone la ley, no por la interpelación en sí.

En la misma línea de pensamiento se encuentra Larenz[3112] —citado por Wayar—, quien considera que el requerimiento es, por naturaleza, una declaración del acreedor dirigida al deudor, expresiva de que reclama el cumplimiento inmediato de la prestación. Por lo tanto, es una intimación a la prestación, que no necesita contener indicación alguna de las consecuencias de la mora. De esta forma se tiene que el requerimiento no es un negocio jurídico, pero sí una declaración (exhortación o proposición) del acreedor, similar al negocio jurídico, que tiene un contenido referido a la obligación del deudor y a la que le son aplicables por analogía los preceptos sobre capacidad negocial y representación, así como los de emisión e interpretación de las declaraciones de voluntad, pero no aquéllos relativos a la impugnación.

Es preciso hacer la salvedad de que cuando los autores extranjeros utilizan la expresión «negocio jurídico», se están refiriendo a lo que nosotros conocemos como «acto jurídico».

Una opinión que no se ubica del todo en ninguna de las tesis expuestas, sino que distingue ciertos matices, es la de Wayar[3113], quien considera que no es posible aceptar ninguna de ellas tal cual han sido propuestas. Es decir que si bien la interpelación es un hecho jurídico, contiene ciertos ingredientes que la particularizan, de tal modo que se hace necesario ubicarla con mayor precisión dentro de

3111 Entre ellos Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 137).

3112 Larenz, Karl. *Op. cit.*, p. 341. Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 364 y 365.

3113 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 365-370.

las diversas especies de hechos. Por otro lado, tampoco llega a ser un verdadero acto jurídico, ya que no reúne los presupuestos exigidos por el artículo 944 del Código Civil argentino[3114]. Dicho de otro modo, Wayar precisa que afirmar que es un hecho jurídico resulta demasiado impreciso y sostener que es un acto jurídico es incorrecto.

Agrega Wayar que debe aceptarse que la intimación, más que un hecho, constituye un acto voluntario lícito. Ahora bien, estos últimos se bifurcan en dos especies:

a) Actos o negocios jurídicos, que sí tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crearlas o modificarlas.

b) Simples actos lícitos, cuando falta aquella inmediata finalidad. En este sentido, si lo que se busca con la interpelación es un resultado material y no un efecto jurídico inmediato, sería un simple acto lícito.

Sin embargo, Wayar opina que la interpelación es un acto semejante a un negocio jurídico o, como es denominado por otros autores, un acto jurídico *stricto sensu*. Estos actos son los que se realizan por un agente con la conciencia y aun con la voluntad de producir un resultado de Derecho, pero cuyo efecto depende exclusivamente de la ley: por ejemplo, la interpelación constitutiva de mora.

A continuación, Wayar formula una precisión que cabe resaltar: sostiene que el contenido del acto jurídico dependerá del concepto que se tenga de él. Si por acto jurídico se entiende sólo un acto voluntario y lícito por el cual las partes regulan sus relaciones jurídicas (lato sensu), debe admitirse que también los efectos quedan sometidos a la regulación que las partes quieran darle conforme a la autonomía de la voluntad, pudiendo incluso apartarse de la ley. Y, siendo así, la interpelación constitutiva de la mora no es un negocio jurídico, desde que su efecto no depende ni se regula por el querer del interpelante, sino exclusivamente por la ley, con prescindencia de la voluntad individual.

En el sentido descrito por Wayar, Brebbia afirma que «Cuando el acreedor requiere el cumplimiento de la obligación al deudor, no pretende regular sus relaciones con él sino simplemente persigue la finalidad de obtener la prestación que se le debe. Ahora bien, la ley adjudica a ese propósito, evidenciado mediante el requerimiento, un efecto que se produce aunque no haya sido querido realmente por el acreedor: la constitución en mora»[3115].

ESTUDIO ARIOSTO CARLUCCI FREYRE

3114 El artículo 944 del Código Civil argentino, *hoy derogado, prescribía* lo siguiente: «Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos». [Cursiva agregada en la tercera edición]

3115 Brebbia, Roberto. *Hechos y actos jurídicos* (comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y jurisprudencia). Buenos Aires: Astrea, 1979, p. 70.

Wayar concluye expresando que cuando la ley subordina el estado de mora a la previa interpelación, sólo está exigiendo que el acreedor reclame el pago; es decir, es suficiente que el acreedor manifieste su voluntad de obtener el cumplimiento para que el deudor quede, en virtud exclusiva de la ley y no de aquella declaración, incurso en mora y, por ende, sancionado a soportar sus consecuencias. En este orden de ideas, no es necesario que el acreedor quiera que se produzcan los efectos de la mora, sino que es suficiente que reclame el pago.

Por lo tanto —a decir de Wayar—, la interpelación, por su naturaleza, constituye un acto jurídico *stricto sensu* o, lo que es lo mismo, un acto semejante a los negocios jurídicos.

De lo expuesto advertimos que no es fácil tomar partido en torno a la naturaleza jurídica de la interpelación.

Es cierto que podría ser calificada como un hecho jurídico, en la medida en que no tenga por finalidad constituir en mora al deudor o, en su caso, al acreedor. Es posible, en efecto, que un acreedor requiera a su deudor con el único propósito de exigir que le pague lo adeudado, sin desear constituirlo en mora, caso en el cual dicha interpelación sólo sería calificada como un hecho que genera efectos jurídicos.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un verdadero acto jurídico, en la medida en que el agente, obrando con conciencia y voluntad, interpele a su contraparte a fin de constituirla en mora o de interrumpir el decurso del plazo prescriptorio que venía corriendo contra dicho agente. Pero el problema de la naturaleza jurídica de la interpelación es fundamentalmente práctico, ya que en este terreno resultaría —diríamos que en todos los casos— imposible conocer a ciencia cierta cuáles han sido las motivaciones del agente que interpeló a su contraparte.

Por ello nos inclinamos a considerar que la interpelación es un acto jurídico, ya que la situación incierta que hemos puesto de manifiesto nos parece insuperable.

Adicionalmente, esta posición se ve reforzada por el hecho de que si el acreedor no reclama el pago al deudor en el tiempo que corresponde, se entiende que tal acreedor está prorrogando tácitamente el plazo del pago.

2.2. Reglas aplicables a la interpelación, según su naturaleza

De acuerdo a la concepción de la naturaleza jurídica de la interpelación por la que se opte, se aplicarán diferentes reglas en materia de capacidad, representación, nulidad, forma, prueba, etcétera.

2.2.1. Capacidad

Quienes sostienen que la interpelación es un hecho jurídico, afirman que aquella será eficaz para constituir al deudor en mora aunque el acreedor sea incapaz. Sólo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se exige que el sujeto del cual provenga la interpelación se halle, al momento de emitirla, dotado de discernimiento.

Por otro lado, los defensores de la tesis que concibe a la interpelación como un acto jurídico sostienen que el acreedor debe ser una persona capaz de contratar. Asimismo, algunos de los autores que califican a la interpelación como un acto semejante al negocio jurídico se inclinan por exigir capacidad en el acreedor[3116].

Manrique de Lara Morales[3117], sostiene que, en principio, los sujetos legitimados para la emisión válida del requerimiento de pago son el propio acreedor y/o sus representantes legales o voluntarios. Respecto al deudor, la intimación debe ser recibida por éste o por su representante; no obstante, es preciso que su contenido llegue a conocimiento del sujeto obligado.

Wayar expresa que, por regla general, es menester que el acreedor sea capaz de contratar, para que la interpelación que pudiera formular sea considerada válida y eficaz. Recuerda que en su país, por excepción, los menores adultos (artículo 55 del Código Civil argentino), pueden, prescindiendo de sus representantes, formalizar reclamos con eficacia interpelativa.

Por su parte Peirano Facio[3118] indica que la doctrina en general está de acuerdo en que teniendo el instituto de la mora un carácter meramente conservativo de los derechos del acreedor, no es necesario que éste sea plenamente capaz para solicitarla, bastando al efecto que tenga las atribuciones necesarias para que su voluntad sea reconocida por el Derecho.

En lo que respecta al Derecho peruano, resulta necesario recordar lo prescrito por el artículo 1358, en el sentido de que «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Es evidente que un incapaz que no reúna las condiciones exigidas por el artículo 1358, no podría interpelar válidamente. En efecto, sólo los incapaces no privados de discernimiento, y para los actos previstos por el artículo 1358, podrán intimar válidamente. Si se tratara de incapaces no privados de discernimiento, pero de actos ajenos a los previstos en ese numeral, su intimación no surtiría efectos jurídicos, al igual que la intimación verificada por un incapaz privado de discernimiento, no obstante tratarse de actos relacionados con las necesidades de su vida diaria.

Fuera de los casos excepcionales del artículo 1358, para interpelar se requiere tener plena capacidad de ejercicio.

3116 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 370-373.
3117 Manrique de Lara Morales, Julio. *Op. cit.*, p. 237.
3118 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 33 y 34.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Respecto a la capacidad del deudor para ser intimado, Peirano Facio[3119] sostiene que en los casos en que el deudor sea incapaz, la intimación que se le formule personalmente a éste será absolutamente ineficaz, salvo que la incapacidad de que se trate no hubiera impedido al menor pagar válidamente la obligación respecto de la cual se produce la intimación en mora.

No obstante lo anterior, en el año 2018 el Decreto Legislativo n.° 1384, que modificó el régimen general de la capacidad derogó esta norma para adecuarla al régimen de capacidad vigente[3120].

En dicha oportunidad, escribimos nuestra posición al respecto en un artículo que fue publicado en el año 2020, el cual transcribimos a continuación[3121]:

2.2.2. El artículo 1358 del Código Civil

Recuerdo cómo cuando éramos estudiantes y entró en vigencia el Código Civil de 1984, el medio jurídico elogió notablemente la inclusión del artículo 1358, norma de la parte general de contratos que establecía que «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Este precepto salvaba de nulidad o anulabilidad una serie de contratos menudos. Los ejemplos habituales estaban centrados en los menores de edad que compraban alimentos en una tienda, en un vendedor ambulante o en el quiosco del colegio. Tales contratos de compraventa hubiesen sido nulos, de no existir el artículo 1358.

O sea, el 1358 fue un artículo precursor en el ejercicio de los derechos de los incapaces, pues —incluso— extendía sus alcances a todos los demás incapaces; es decir, a todos los incapaces mayores de edad que no estuvieran privados de discernimiento. Sin duda, una norma excelente.

Cuando entra en vigencia el Decreto Legislativo n.° 1384, el 4 de septiembre de 2018, es decir, la Ley de protección a las personas con discapacidad, el artículo 1 de este Decreto modificó, entre otras normas, el artículo 1358 del Código Civil, habiéndolo configurado con la siguiente redacción:

> Artículo 1358.- Contratos que pueden celebrar la persona (sic) con capacidad de ejercicio restringida
>
> Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 (sic) numerales 4 al 8 (sic) pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

3119 *Ibidem*, pp. 35 y 36.

3120 Texto correspondiente a la tercera edición.

3121 Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje.* (Quinta parte). *Op. cit.*, pp. 15-33.

En primer término, el nuevo texto del artículo 1358 sólo hace referencia a las personas con capacidad de ejercicio restringida, es decir, a quienes, antes de la reforma del 2018 en este tema, eran considerados como relativamente incapaces. Nótese que el ámbito de aplicación del 1358 original no realizaba distinción alguna; vale decir, que su ámbito de aplicación comprendía tanto a los antiguos incapaces relativos (artículo 43) como a los antiguos incapaces absolutos (artículo 44) que no estuvieran privados de discernimiento.

Y, ¿cuál es el ámbito del nuevo artículo 1358? Pues, como la propia norma lo indica, las personas contenidas en los incisos 4 al 8 del artículo 44.

El artículo 44, luego de la reforma del 2018, menciona a las siguientes personas, como que tienen capacidad de ejercicio restringida:

> Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida
>
> Tienen capacidad de ejercicio restringida:
>
> 1.- Los mayores de dieciséis y menos de dieciocho años de edad.
>
> [...]
>
> 4.- Los pródigos.
>
> 5.- Los que incurren en mala gestión.
>
> 6.- Los ebrios habituales.
>
> 7.- Los toxicómanos.
>
> 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
>
> 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad. (El subrayado es nuestro).

En primer término, hay que decir que la inclusión del inciso 9 por el Decreto Legislativo n.° 1384 del 4 de septiembre de 1984, fue una barbaridad, pues las personas en estado de coma no pueden ser, obviamente, personas que tengan capacidad de ejercicio restringida. Son personas que, mientras dure ese estado, tienen incapacidad absoluta, por lo que deberían haber sido comprendidas en el artículo 43, en un inciso 2, inmediatamente después de los menores de dieciséis años.

Pero, más allá del señalamiento de este grueso error y volviendo al 1358, podemos apreciar que la versión del año 2018 sólo considera como personas con capacidad de ejercicio restringida que pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida diaria a quienes están en los incisos 4 a 8 del 1358. Queda claro que no están comprendidas las personas en estado de coma (evidentemente, no podrían estarlo), pero tampoco están los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, lo que resulta sorprendente, en la medida en que son personas casi adultas y que se parte del valor entendido de que tienen discernimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ellos no están facultados expresamente por el nuevo 1358 para celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida diaria, como sería el caso de alimentos, ropa, artículos de aseo personal, una tablet, un televisor, etc.

Nunca se explicó la razón a la que obedeció esta exclusión.

Como tampoco se explicó por qué no se comprendió dentro de los alcances del nuevo 1358 a los incapaces absolutos regulados en el artículo 43, norma que sólo contempla, después de la reforma del 2018, con el Decreto Legislativo n.° 1384, al inciso 1, que comprende a «Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley».

La lógica y natural concordancia de este inciso 1 debió ser el artículo 1358, que facultara expresamente a estos menores de dieciséis años a celebrar actos relacionados con las necesidades de su vida diaria. Pero el 1358 no los comprende expresamente.

Entonces, en este estado (penoso) de la legislación, ¿cómo quedan los actos jurídicos celebrados por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis (artículo 44, inciso 1) y por menores de dieciséis años?

Nos queda claro que se plantea un serio problema, porque el artículo 219, también modificado en la reforma del 2018, por el Decreto Legislativo n.° 1384, derogó el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, precepto que, dentro de las causales de nulidad que regula, establecía, hasta el 3 de septiembre de 2018, al acto jurídico, «Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358».

En otras palabras, en el Perú de hoy no existe una norma legal que sancione con nulidad los actos jurídicos, en general, que sean celebrados por las personas absolutamente incapaces (menores de dieciséis años, artículo 43, inciso 1 y personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, inciso 1 —menores de dieciocho y hasta dieciséis años— e incisos 4 al 8 —demás casos de personas con capacidad de ejercicio restringida—). Pero para estos últimos casos (artículo 44 incisos 1 al 8) se contempla la anulabilidad como sanción legal (artículo 221, inciso 1).

Nótese la gravedad del régimen vigente, que no sanciona nulidad alguna por incapacidad absoluta. Sólo por la antigua incapacidad relativa (hoy, capacidad de ejercicio restringida).

Es decir, ningún acto celebrado por las personas comprendidas por el artículo 43, es nulo por falta de capacidad.

Entiendo que si los actos de las personas contenidas en el artículo 43, inciso 1 (y único) son celebrados por los padres del menor o por su tutor, tales actos serían válidos, pero si ellos hubieran sido celebrados por los propios menores de edad, por ejemplo, la compraventa de una casa, ¿también serían válidos?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicamos el mismo ejemplo para los actos celebrados por personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44). Es obvio que en el caso de los menores de dieciocho, pero mayores de dieciséis, si tales actos hubiesen sido celebrados por sus padres o tutores, ellosos serían válidos. Pero si el menor de edad hubiese comprado o vendido, él solo y por él mismo, una casa, tal contrato sería anulable (artículo 222, inciso 1).

Lo mismo podemos decir de quienes tienen capacidad de ejercicio restringida (incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil). Si ellos mismos contrataran la compraventa de un inmueble, sin la participación de sus respectivos apoyos, tales actos podrían ser anulables, a diferencia de los actos jurídicos celebrados por esas personas con capacidad de ejercicio restringida, pero con la asistencia de sus respectivos apoyos.

Pero el artículo 219 del Código Civil, cuando establece las causales de nulidad, no menciona los actos celebrados por incapaces absolutos (artículo 43, inciso 1).

Esta carencia del inciso 2 del artículo 219, cuando en el año 2018, el Decreto Legislativo n.° 1384 derogó expresamente tal inciso, ha creado un régimen legal caótico en lo que respecta a la nulidad por falta de capacidad.

Tal derogatoria, sin embargo, no podría conducirnos a afirmar que todos los actos, cualquiera que ellos fueren, que celebren tales personas (artículo 43, inciso 1), serían actos válidos, porque si así fue, la seguridad jurídica se vería seriamente lesionada (más de lo que ya está, en todo orden de cosas) en el Perú.

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala que «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

Nótese que el artículo 43 establece un régimen de incapacidad absoluta (artículo 43), lo que conduce a razonar en el sentido de que tal norma carecería de objeto si es que la infracción a la misma no tuviera sanción alguna por parte del Derecho.

Entonces, para nosotros queda claro que si un incapaz absoluto menor de dieciséis años celebrara un acto jurídico, sin la intervención de sus padres o tutor; tal acto debería ser considerado nulo, por ser contrario al orden público.

Y, por supuesto que es contrario al orden público, en la medida en que ese orden público se construye, precisamente, en función de la seguridad jurídica, la misma que se destruiría si el Derecho permitiese que las personas incapaces (menores de dieciséis años) celebren por sí mismas todos los contratos que deseen.

Además, si eso fuese posible, entonces carecería de todo sentido el que las normas legales del propio Código Civil aborden la capacidad, la incapacidad y la capacidad de ejercicio restringida. Serían, en ese supuesto, normas decorativas, vacías de contenido, cuyo cumplimiento o incumplimiento resultaría indiferente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero la sociedad no puede permitir que ello ocurra. Seríamos el único país del mundo en el que la celebración de todo contrato por cualquier persona, tenga la edad que tenga, con el único requisito de que posea discernimiento, sería válido.

Y eso no puede ser así.

Entonces, debe entenderse que tales contratos son nulos, a menos que una norma legal faculte su celebración.

¿Existe esa norma legal? Sí, pues, aunque con un texto defectuoso, existe el 1358, modificado en el año 2018.

Y, de acuerdo a este precepto, son válidos los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de las personas que tienen capacidad de ejercicio restringida y que se encuentran en los incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil. Se entiende que tales actos no serían anulables. ¿Y qué pasa con los actos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de los incapaces absolutos (artículo 43, inciso 1); es decir, de quienes tienen dieciséis o menos años?

¿Podemos interpretar a contrario el artículo 1358, actual; es decir, interpretar que quienes no están en la excepción de validez, están en la regla de la nulidad? Pues, no.

El hecho de decir que «el jardín delantero de la casa está bien conservado», no permite deducir que «los demás jardines de la casa están mal conservados». Esto, pues la primera afirmación no tiene carácter excluyente o de excepción, lo que sí hubiera ocurrido si la primera afirmación dijese: «Únicamente el jardín delantero de la casa está bien conservado», pues ello permitiría, luego, afirmar que «los demás jardines de la casa no lo estarían».

Entonces, lo que hace el artículo 1358 modificado, es decir que «Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Y, entonces, ¿los menores de edad del inciso 1 del artículo 43 y 1 del artículo 44, pueden también celebrar este tipo de contratos?

Pues, entendemos que sí, en tanto tales menores cumplan con el requisito que constituye valor entendido en esas normas y es que esos menores de edad no carezcan de discernimiento (es decir, de la facultad que les permita distinguir unas cosas de otras).

Creemos que estos supuestos podrían interpretarse por analogía con aquellos contenidos en el artículo 1358 vigente.

Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho; por lo tanto, es obvio que los menores de dieciocho años que no carezcan de discernimiento pueden celebrar

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los mismos actos jurídicos que pueden celebrar los adultos con capacidad de ejercicio restringida, que están mencionados por el artículo 1358.

Por otra parte, interpretar lo contrario implicaría asumir que la Ley de protección a las personas con discapacidad (Decreto Legislativo n.° 1384), del año 2018 restringe los derechos y la capacidad de ejercicio de los menores de edad, mucho más que el texto original del Código Civil de 1984; y, sin duda, ése no ha sido el espíritu del legislador con la reforma del 2018.

En síntesis, a pesar de llegarse a esta conclusión después de un largo análisis (que no debería ser necesario, pero lamentablemente lo es), podemos llegar a afirmar que el artículo 1358, en general, podría seguirse leyendo en el mismo sentido que tenía el texto vigente hasta el 3 de septiembre de 2018.

Sin embargo, no es posible que el régimen de validez y nulidad tenga tales incongruencias. En ese sentido, debería modificarse el Código Civil en los siguientes artículos:

Artículo 219.-

En esta norma debería restituirse un inciso 2, que señale que el acto jurídico es nulo: «Cuando haya sido celebrado por un incapaz absoluto», lo que haría referencia al único caso de incapacidad absoluta en vigencia, que es el inciso 1 (y hoy, único inciso) del artículo 43: «Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley».

Artículo 1358.-

Se debería reformar el texto de este artículo de la siguiente manera:

> «Las personas comprendidas en el inciso 1 del artículo 43 y las comprendidas en los incisos 1 al 8 del artículo 44, siempre que no estén privadas de discernimiento, pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

De esta forma, el artículo 1358 volvería a comprender a los menores de edad, campo que dejó de tener regulación con la reforma del 2018, siempre, claro está, que los menores de edad, así como cualquier otra persona mencionada por la norma propuesta, no estén privados de discernimiento.

En conclusión, con el régimen legal propuesto, los actos celebrados por los menores de dieciséis años (artículo 43, inciso 1), sin ser representados por sus padres o tutor, serían nulos (artículo 219, inciso 2).

Los actos celebrados por los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis (artículo 44, inciso 1), serían anulables (artículo 221, inciso 1).

También serían anulables (artículo 221, inciso 1) los actos celebrados por las demás personas con capacidad de ejercicio restringida que se hallan contempladas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en los incisos 4 al 8 del artículo 44), que hayan sido celebrados por esas personas sin el auxilio de los apoyos que contempla la ley.

Los supuestos de nulidad (artículo 219, inciso 2) y de anulabilidad (221, inciso 1) encontrarían excepción en los contratos celebrados por las personas mencionadas (artículo 43, inciso 1 y artículo 44, incisos 1 al 8), cuando esas personas los celebren no careciendo de discernimiento y que tales contratos estén relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

2.2.3. La eficacia de la interpelación no depende de la voluntad del agente

Una consecuencia trascendente que se deriva de la naturaleza jurídica de la interpelación, entendida como un acto jurídico *stricto sensu,* es que su eficacia no depende de la voluntad del agente, de tal manera que los efectos que la ley le asigna se producen aun contra o sin la voluntad del acreedor.

De esta forma, el acreedor que interpela a su deudor lo constituye en mora y lo obliga a soportar todas sus consecuencias, a pesar de que lo único que buscaba, al formalizar el reclamo, era obtener el pago y no agravar la situación del deudor. En este sentido, Wayar expresa que tal cuestión no es puramente teórica, sino que resulta útil, por ejemplo, en un caso como el de la solidaridad activa, cuando uno de los acreedores, sin intención de constituir en mora al deudor, formula un reclamo de pago y posteriormente pretende defenderlo argumentando que su voluntad no estuvo dirigida a provocar la mora. Este acreedor podrá renunciar a los derechos que surjan por la situación de mora del deudor, pero la interpelación será plenamente válida y eficaz, y ella beneficiará a los demás coacreedores.

En el Derecho peruano resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1194 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1194.- La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás.
>
> La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros.

Esta norma es de aplicación a las obligaciones divisibles y solidarias, indivisibles y solidarias, e indivisibles y mancomunadas, conforme a lo dispuesto por el artículo 1181 del Código Civil.

Debemos señalar que discrepamos, en parte, de las expresiones vertidas por Wayar, en la medida en que en el propio acto de constitución en mora se podría atemperar sus consecuencias como, por ejemplo, si el acreedor requiriese el pago, pero a su vez otorgara una prórroga al deudor, o si renunciase por anticipado a los intereses moratorios que se devengarían en el caso concreto.

El acreedor, en ese sentido, goza de la más amplia libertad y no existe norma legal que le prohíba actuar de esta forma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3. Concepto y caracteres de la interpelación

La interpelación, según Palacio Pimentel[3122], constituye un requisito o condición formal necesaria para la constitución en mora, que viene a ser una exigencia o intimación hecha por el acreedor al deudor, en forma judicial o extrajudicial, presumiéndose que mientras el acreedor no interpela al deudor, la demora no perjudica al primero.

Añade el profesor citado que la interpelación debe ser precisa en su objeto y no debe ser prematura. La interpelación judicial es la que consiste en la interposición de una demanda por el acreedor contra el deudor y notificada a éste. Si se produce la nulidad de la notificación, la interpelación valdrá siempre como extrajudicial. En cambio, la interpelación extrajudicial es la realizada por correspondencia telegráfica, epistolar o por teléfono, siempre que se acredite su recepción por el deudor. Pero debe tenerse presente que en caso de que se haya interpelado extrajudicialmente, cuando luego se interponga la demanda, esta última ya no tendría carácter interpelatorio, sino meramente compulsivo.

De otro lado, Palacio Pimentel refiere que el reconocimiento de un documento en diligencia preparatoria (hoy «prueba anticipada» conforme al Código Procesal Civil de 1993) no constituye interpelación, ya que en ella no consta la voluntad expresa del acreedor dirigida al deudor para que realice el pago. Convenimos en este extremo con lo opinado por el referido autor.

Por su parte, Jorge Bustamante Alsina[3123] señala cómo según algunos romanistas la interpelación por el acreedor sólo era necesaria para producir la mora del deudor cuando la obligación no tenía término de vencimiento; en cambio, cuando la obligación tenía plazo determinado, el solo vencimiento de éste constituía en mora al deudor, produciendo los mismos efectos de la interpelación (los glosadores expresaban este efecto en la regla *dies interpellat pro homine*). Es decir, que en la generalidad de los casos, habida cuenta de que la gran mayoría de las obligaciones estipulaban plazo de vencimiento, la mora operaba por la sola fuerza de las cosas (*ex re*) y sólo excepcionalmente era necesario el requerimiento al deudor.

Sin embargo, sobre esta cuestión, agrega Bustamante, no existe acuerdo entre los romanistas. De un texto de Marciano en *El Digesto* se induce que en Roma no había mora *ex re* sino que ella era *ex personae;* es decir, que el deudor no estaba en mora sino después de la interpelación por el acreedor. De esta manera, la mora se producía excepcionalmente sin interpelación (*ex re*), cuando el deudor se ausentaba sin dejar representante, por negligencia o mala fe, si se trataba de una obligación de restituir proveniente de un robo.

3122 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Elementos de Derecho Civil peruano*. Lima: Tipografía Sesator, 1997, tomo I, pp. 495 y 496.

3123 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 6.ª edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, p. 99.

A juicio de Jorge Eugenio Castañeda[3124], la interpelación es la condición formal de la mora, que exige que el deudor sea compelido al cumplimiento de la prestación y sólo después de esta exigencia se considerará que el deudor está incurso en mora. Es decir, el acreedor deberá pedir al deudor que le pague. Agrega el citado autor, que se presume que en tanto el acreedor no interpele al deudor, aquél está autorizando tácitamente a éste para que postergue el cumplimiento de su obligación y que, en realidad, no le causa perjuicio alguno la demora.

Por su parte, Peirano Facio[3125] considera que la interpelación puede entenderse, de modo general, como un acto por el cual el acreedor notifica al deudor que debe cumplir con su obligación.

Añade el citado profesor[3126] que la interpelación concebida desde su contenido —de un modo más específico— debe tener el sentido de una inequívoca invitación que se dirige al deudor instándole a que cumpla su obligación.

Lo expresado —según Peirano Facio— supone, necesariamente, una última oportunidad que se concede al deudor con la finalidad de que pueda ejecutar la prestación que debe, ya que no es posible imaginarse cómo puede invitarse a alguien a cumplir con su obligación si no se le va a dar una oportunidad para que realice el cumplimiento que se le solicita. Esta apreciación se encuentra respaldada por simples consideraciones de equidad y por la propia naturaleza del instituto de la mora.

Por nuestra parte, discrepamos de lo expresado por Peirano, ya que la intimación no implica necesariamente conceder una última oportunidad para que el deudor pague. Lo afirmado obedece a que luego de la intimación podría suceder que el deudor todavía no pague, y que, a pesar de ello, su acreedor lo siga instando para que cumpla. Esto significa que luego de la intimación y ausencia de pago, el acreedor estaría en aptitud de desencadenar acciones judiciales contra el deudor, pero también podría ocurrir lo contrario, vale decir, la continuación de la espera extrajudicial de pago mediante sucesivas intimaciones extrajudiciales.

De otro lado, sí convenimos con Peirano en el sentido de que la intimación implica necesariamente la existencia de la posibilidad de cumplir.

Peirano también aclara que la intimación dirigida al deudor surte efectos de inmediato, de tal forma que si éste deseara escaparse a las consecuencias de la mora, no tendría otra alternativa que cumplir con la obligación en el mismo acto en que es intimado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3124 Castañeda, Jorge Eugenio. «Noción de la mora». En *Ius et Praxis*, n.° 8. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, diciembre 1986, pp. 156-163.

3125 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, p. 31.

3126 *Ibidem*, pp. 36-38.

Ahora bien, esta afirmación —según el citado autor— requiere ser distinguida de acuerdo con la forma de ejecución de las obligaciones. Refiere que la solución propuesta se comprende fácilmente en los casos en que el acreedor invita a su deudor al cumplimiento de una prestación que puede ser ejecutada instantáneamente, como sería la que consiste en el pago de una suma de dinero. Sin embargo —agrega Peirano— existen algunas modalidades específicas en las que el cumplimiento de la obligación exige, como presupuesto necesario, el transcurso de cierto lapso, como por ejemplo que la prestación consista en la ejecución de alguna obra o que tuviere, en general, un carácter no instantáneo. En este caso, es evidente que el transcurso de ese lapso debe considerarse implícito en la intimación y, por lo tanto, el deudor escapará a los efectos de la mora si comienza de inmediato la ejecución de su prestación, aun cuando ésta no llegue a finalizarse por entero, sino con el transcurso del tiempo que en razón de la propia naturaleza de las cosas requiere ella para ser cumplida.

Al respecto, discrepamos de la opinión expresada por Peirano, ya que la interpelación —concebida como un requerimiento de pago formulado por el acreedor al deudor— desencadena la mora de éste de manera inmediata. En tal sentido, se presenta la concurrencia de todos los elementos fundamentales de la mora del deudor: el retardo (elemento objetivo), la culpa (elemento subjetivo) y la intimación (elemento formal), verificada mediante la interpelación, por lo que no existiría razón para que no surjan las consecuencias propias de la situación de mora.

Por ello, el deudor se encontraría en mora desde el momento mismo de la interpelación. Esto es innegable. Sin embargo, los efectos del estado moratorio se prolongarían durante todo el plazo que demore el deudor en cumplir con su obligación. Una vez que efectúe el pago cesará la mora y simultáneamente se extinguirá la obligación.

Además, nuestra opinión se ve respaldada por lo previsto por el artículo 1333 del Código Civil peruano, precepto que establece que «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación». Es decir, que inmediatamente después de que el acreedor interpele a su deudor, éste se hallará en mora, sin posibilidad de que el deudor ejecute su prestación eximiéndose de los efectos que conlleva la situación de mora.

En esa misma línea, tenemos la Casación n.° 1685-2005-Lima, de fecha 22 de marzo de 2006: «La determinación de la mora y el consiguiente cálculo de los intereses deben establecerse y computarse desde la intimación al pago y no desde la citación con la demanda. *Noveno*. Resulta forzoso concluir que la determinación de la mora y el consiguiente cálculo de los intereses deben establecerse y computarse, respectivamente, en base al monto preestablecido con los documentos sustentatorios anexados a la demanda, corroborados por la pericia a que hace referencia la sentencia recurrida, computándose los intereses desde la intimación al pago y no, como lo estableció el fallo impugnado, desde la citación con la demanda, concluyéndose de ello que el artículo 1334 del Código Civil ha sido

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

indebidamente aplicado, por lo que la denuncia del actor en este extremo debe ampararse. *Décimo.* Acorde con la motivación precedente y como consecuencia de ello, resulta de aplicación al caso submateria la norma prevista en el artículo 1333 del Código Civil por tratarse de un supuesto de constitución en mora respecto a una obligación exigida primigeniamente en forma extrajudicial mediante requerimiento escrito tan pronto como se concluyó la gestión del accionante, concluyéndose de ello que, igualmente, la denuncia de inaplicación de una norma de derecho material debe ser acogida.[3127]

Así, también, la Casación n.° 752-2007-Huaura, de fecha 20 de septiembre de 2008, determinó que, «Para nuestro ordenamiento civil no basta con el simple incumplimiento de la prestación a cargo del deudor para tenerlo constituido en mora, sino que es necesario un acto material que así lo instituya; en tal sentido, se ha legislado en el primer párrafo del artículo mil trescientos treinta y tres del Código Civil que es requisito esencial para la constitución en mora que el acreedor haya cumplido con requerir o interpelar al deudor para que cumpla con su obligación (mora ex persona), pues se considera que si el acreedor no requiere al deudor, hay fundamento atendible para creer que la demora no le irroga ningún daño, es decir, mientras el acreedor no requiera al deudor el cumplimiento de la prestación este no se constituye en mora, no obstante el retraso incurrido».[3128]

A lo expuesto podemos añadir que entendemos por «interpelación», en sentido jurídico, al acto por el cual el acreedor reclama por primera vez al deudor el pago insoluto de la obligación o el primer requerimiento que efectúa el deudor a su acreedor, para que realice los actos de colaboración necesarios o para que acepte el pago, siempre y cuando, en ambos casos, la prestación siga siendo posible y útil.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1070, que modifica la Ley n.° 26872[3129], para demandar judicialmente el pago de los efectos de la mora, deberá recurrirse de manera previa a la conciliación. Ello, al tratarse de pretensiones determinadas o determinables que versan sobre derechos disponibles de las partes.[3130]

Ese criterio lo observamos también en el expediente n.° 2013-000235-0-1401-JR-CI-02, en resolución de fecha 14 de febrero de 2017, «Cuarto: Atendiendo al extremo del recurso de apelación referido a que se habría desnaturalizado el proceso. Debemos efectuar las siguientes reflexiones: 4.1) El inciso 2) del artículo 427°

3127 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, pp. 1003-1004. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3128 *Ibidem*, p. 1004.

3129 Artículo 6.- Falta de intento Conciliatorio Si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados en el artículo precedente, el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar.

3130 Texto correspondiente a la tercera edición.

del Código Procesal Civil, establece que se declarará improcedente la demanda cuando el demandante carezca de manifiesta falta de interés para obrar. Siendo que, si el Juez advirtiera que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano, expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos. 4.2) En el caso de autos, tenemos que en los Considerandos Décimo Cuarto y Décimo Sexto de la impugnada, se sustenta el extremo que declara improcedente el pedido de pago de la mora por entrega de bien; esto al advertir que, dicho extremo no fue materia de conciliación extrajudicial, conforme aparece del Acta obrante de fojas 15 a 16; y, si bien es cierto que dicho aspecto no fue observado al calificar la demanda previo a su admisión; no es menos cierto que, a nivel jurisprudencial se ha reconocido al Juez la facultad de verificar la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, hasta en tres oportunidades: a) al calificar la demanda; b) en la etapa del saneamiento; y, c) al expedir sentencia en la etapa resolutiva, al evaluar la fundabilidad de la misma. 4.3) En tal sentido, es necesario recordar que conforme al artículo 1° del D. Leg. 1070, que modifica el artículo 6° de la Ley N° 26872, "Ley de Conciliación", se dispone: "(...) si la parte demandante, en forma previa a interponer su demanda judicial, no solicita ni concurre a la Audiencia respectiva ante un Centro de Conciliación extrajudicial para los fines señalados (...) el Juez competente al momento de calificar la demanda, la declarará improcedente por causa de manifiesta falta de interés para obrar (...)". Esto es, se ha impuesto la obligación de los justiciables de recurrir previamente al trámite de la conciliación extrajudicial, como un mecanismo de autocomposición del conflicto; y, sólo una vez, agotado este trámite, se consideraría que existe interés para obrar. Disponiéndose incluso que, la falta de cumplimiento de este requisito daría lugar al rechazo de la demanda por falta de interés para obrar. 4.4) En relación a la falta de interés para obrar se dice que está constituido por la necesidad de acudir ante un Juez cuando se han agotado todas las posibilidades de solucionar el conflicto en vía o en forma distinta. Es decir, el interés para obrar no es otra cosa que la situación real y oportuna necesidad de acudir al Órgano Jurisdiccional. En otros términos, existe interés para obrar cuando el interés es actual e irremplazable de tutela jurídica, al haberse agotado todos los mecanismos previos para la solución del conflicto. 4.5) En el caso de autos, de fojas 15 a 16, obra el Acta de Conciliación de cuyo tenor se esgrime que fue materia de invitación a conciliación la falta de pago de renta convenida por los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2012 y los que se devenguen; más la mora diaria y penalidades de S/. 100,000.00 anotada en la Décimo Tercera Cláusula de Contrato; precisando, controversia sobre la que se pretendía conciliar: a) el pago de soles (por causal); y, b) indemnización aplicación de penalidad – la suma de S/. 100,000.00. Sin embargo, al formular la demanda se demanda por la suma de S/. 165,000.00 correspondientes a falta de pago de merced conductiva, mora diaria pactada, mora por la no entrega del bien ante la resolución del contrato; y, por concepto de penalidad. Resultando claramente que, el extremo relativo a la mora por la no entrega del bien ante la resolución del contrato ascendente a la

GACETA JURÍDICA

suma de S/. 16,600.00, no fue expresamente señalado como objeto de conciliación extrajudicial; y, por ende, dicho extremo está incurso en causal de improcedencia, conforme lo ha declarado el A quo en el punto Segundo del fallo; siendo que, el monto de S/. 16,600.00 debe excluirse de la liquidación y dicho extremo debe confirmarse; máxime si, el pronunciamiento del Juez no implica desnaturalización del proceso, sino el ejercicio de sus facultades para constatar la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, que conforme a la Jurisprudencia, puede ejercerse incluso en la etapa resolutiva».[3131]

2.4. Características de la interpelación

A continuación nos ocuparemos de las características de la interpelación.

2.4.1. Es una declaración unilateral de voluntad

Según Wayar[3132] la interpelación es un acto de voluntad. En este sentido, la voluntad del acreedor no debe quedar en el plano interno de su conciencia, sino que debe exteriorizarse, ser cognoscible por el deudor, destinatario directo de aquella manifestación. Y en cuanto a la forma de manifestarse esa voluntad del acreedor, cabe afirmar que ella debe materializarse a través de una declaración.

Precisa Wayar que lo afirmado —aunque parece extremadamente obvio— se comprende, ya que manifestación y declaración de voluntad no son sinónimos: «Toda declaración enseña Brebbia, es una manifestación de voluntad, pero, a la inversa, hay manifestaciones que no son declaraciones (comportamientos de hecho que se observan sin el propósito de declarar la voluntad, aunque la traduzcan)».

La declaración se caracteriza por ser un hecho de lenguaje (*lato sensu*), es decir, comprensivo de las representaciones simbólicas (gestos, ademanes, etcétera), que sustituyen a la palabra escrita o hablada, pero que sigue siendo lenguaje si las partes así lo convinieran.

A decir del citado profesor, hay declaración de voluntad, en suma, cuando la manifestación consiste en un hecho de lenguaje mediante el cual el sujeto que la formula tiende a hacer conocer a otro sujeto su voluntad respecto de una determinada cuestión. Y esto puede efectuarse en cualquier forma.

Agrega Wayar que la doctrina distingue entre voluntad del contenido y voluntad de la manifestación. Recuerda que López de Zavalía explica que en el proceso voluntario interno se advierten dos etapas o momentos: en la primera, el sujeto quiere algo; en la segunda, quiere expresar ese algo. A la voluntad, considerada en cuanto quiere algo, se le llama voluntad del contenido, y en cuanto

3131 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3132 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 374 y 375.

quiere expresar ese algo, voluntad de la manifestación. Añade que en particular nos interesa el último concepto: la voluntad de la manifestación está dirigida a comunicar a otros lo que quiere (voluntad del contenido) el sujeto que declara. Pueden existir desajustes entre lo que el sujeto quiere y lo que declara que quiere.

Para que la interpelación surta efectos —dice Wayar—, sólo es necesario que el acreedor manifieste su voluntad de exigir el pago, aunque ello no se ajuste del todo al contenido de su voluntad. Puede buscar un fin distinto (como atemorizar al deudor, hacerle saber que cesa la tolerabilidad del retraso, etcétera); pero la ley, sin tomar en cuenta este querer del sujeto, y atendiendo sólo a lo manifestado (reclamo de pago), desató los efectos de la mora.

En suma —concluye Wayar—, lo que se exige es una declaración de voluntad del acreedor, dirigida a la obtención de la prestación, manifestada en términos inequívocos y concluyentes.

Además, Wayar alude a que la interpelación se perfecciona con la sola declaración del acreedor, vale decir, es unilateral, sin que sea necesario el concurso de la voluntad del deudor ni éste pueda impedir los efectos de la mora, salvo que cumpla la prestación en las condiciones exigidas.

En el mismo sentido, Llambías[3133] señala que la interpelación es un acto unilateral, porque emana de la sola voluntad del acreedor, no requiriéndose la intervención de otra voluntad para completarlo[3134].

2.4.2. Es una declaración de voluntad recepticia

Estima Llambías[3135] que la interpelación es una declaración de voluntad recepticia porque está dirigida al deudor. En este sentido sólo produce efecto a partir del momento que llega o puede llegar a conocimiento del deudor.

3133 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 135 y 136.

3134 En lo que respecta al Derecho peruano, no debemos olvidar lo dispuesto por el artículo 168 del Libro de Acto Jurídico del Código Civil, precepto que prevé que: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe». Esta norma debe ser concordada con lo establecido por la segunda parte del artículo 1361, regla que dispone que «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».
Es evidente que la interpelación es una declaración unilateral de voluntad que no se encuentra dirigida a la celebración de ningún contrato, sino más bien —en muchos casos— a obtener la ejecución de las obligaciones nacidas de dichos contratos.
Sin embargo, lo previsto por los artículos 168 y 1361 no da exclusiva preeminencia a la declaración, sino más bien ésta debe ajustarse a lo querido por el declarante.
Pero, en la mayoría de los casos, resultaría imposible deshacer el contenido de una voluntad declarada, pues difícilmente podrá probarse que no concuerda con la voluntad del declarante.
No obstante, son de aplicación al tema las teorías del error y del disentimiento sobre las cuales no nos corresponde pronunciarnos en este estudio.

3135 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 135.

Por su parte, Wayar[3136], manteniéndose en la línea de Llambías, sostiene que la interpelación es una declaración recepticia, ya que ésta comienza a producir sus efectos desde que la declaración que la contiene es recibida por el deudor. El fundamento de dicha exigencia —señala Wayar— es obvio: sólo a partir de que el deudor toma conocimiento del reclamo del acreedor o está en condiciones de hacerlo, puede decirse que la declaración de éste cobra sentido.

Así, el conocimiento del reclamo por parte del deudor asume carácter esencial, pues en las declaraciones recepticias, afirma Betti, «La comunicación o notificación es elemento constitutivo del acto mismo que no es operante, ni siquiera concebido sin ella».

2.4.3. Es un acto jurídico

Sobre este tema ya tomamos posición al analizar la naturaleza jurídica de la interpelación, en donde hemos señalado que se trata de un acto jurídico *stricto sensu*. En tal virtud, remitimos al lector a lo ahí expresado.

2.4.4. Es un derecho potestativo del acreedor

Paul Oertmann[3137] sostiene que los derechos potestativos son aquellas facultades del sujeto que contienen algún poder para la generación de efectos jurídicos y otorgan a su titular la posibilidad de producir, mediante la propia actividad y por declaración unilateral, un efecto de derecho. Estos derechos obtienen satisfacción gracias al titular mismo y no suponen desarrollo alguno de poder dirigido sobre voluntades ajenas, es decir, acción.

En este sentido, Wayar[3138] entiende que la interpelación constituye el ejercicio de un derecho potestativo: en primer término, porque es una facultad que tiene el acreedor y que en consecuencia puede dejar de utilizar. No es obligatorio que el acreedor interpele. En segundo término, porque si bien depende de su exclusiva voluntad, está destinada a modificar una situación ajena, motivo por el cual sería un derecho potestativo modificativo.

Es criterio universal, y desde luego compartido por el Derecho peruano, el carácter meramente potestativo de la interpelación.

Se exceptúan de esta regla general algunas situaciones singulares. A modo de ejemplo, mencionamos tan sólo una de ellas: el ejercicio de la acción subrogatoria u oblicua por un acreedor del acreedor, siempre que concurran, desde luego, las condiciones para que ella pueda promoverse. Esta institución oportunamente la analizamos al comentar el artículo 1213, inciso 4, del Código Civil peruano.

3136 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 376 y 377.

3137 Oertmann, Paul. *Introducción al Derecho Civil.* Traducción de la tercera edición alemana, L. Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, pp. 363 y 364.

3138 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 378.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resulta evidente que nadie obliga al acreedor a interpelar al deudor. Es más, teóricamente podríamos encontrarnos ante un acreedor que nunca reclame al deudor que éste le pague, e incluso que deje —consciente o inconscientemente— que prescriba la acción para la cobranza de la deuda. Es claro, entonces, el carácter meramente potestativo de la interpelación.

2.4.5. Supone una exigencia categórica de cumplimiento

A decir de Cazeaux y Trigo Represas[3139], la reclamación del pago debe ser categórica. Por tal razón no se considera suficiente la simple comunicación del acreedor al deudor, haciéndole saber el vencimiento de la obligación.

Dentro de esta misma línea de pensamiento se pronuncia Moisset de Espanés[3140] cuando señala que la interpelación o el requerimiento deberá ser categórico, expreso, de manera que no subsista ninguna duda sobre la intención del acreedor de reclamar el cumplimiento. En todo caso, señala el citado autor, los jueces deberán apreciar si una actividad determinada del acreedor importa o no un requerimiento; si se recorren los repertorios jurisprudenciales argentinos se advertirá que los tribunales han sido muy severos en la exigencia de los requisitos de prueba del requerimiento.

Discrepamos, sin embargo, de estas aseveraciones, ya que es evidente que una manera sutil y educada de cobrar es recordando al deudor que su deuda ya venció, lo que a nuestro juicio lo constituye en mora.

Por su parte, Wayar[3141] destaca que la doctrina entiende que la interpelación implica una manifestación de voluntad expresa, positiva, concluyente, inequívoca y coercitiva por la cual el acreedor reclama de su deudor el cumplimiento inmediato de la prestación.

No compartimos dicho parecer, pues pensamos que el requerimiento no necesariamente debe ser categórico. Las expresiones sutiles, que inequívocamente impliquen voluntad de cobro, también tienen carácter interpelatorio y, por ende, también constituyen en mora.

Se dice —según Wayar— que la interpelación debe ser expresa y positiva, con la finalidad de descartar la forma tácita de exteriorización de la voluntad; asimismo, esta exigencia debe ser terminante y precisa. Para ello es necesario que la voluntad se manifieste por medios concretos y directos, y no que resulte inducida por hechos o circunstancias que permitan presumir, indirecta o tácitamente, su existencia.

3139 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, pp. 119 y 120.
3140 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 231.
3141 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 379 y 380.

Se sostiene —agrega Wayar— que la interpelación debe ser concluyente e inequívoca para significar que ella no es un ruego ni una invitación, sino una exigencia terminante y categórica de pago; el reclamo debe ser indubitado, es decir, no deben quedar dudas en el deudor de que se le está reclamando el cumplimiento.

No compartimos esta manera tan radical de apreciar a la interpelación.

Pensamos que incluso a través del ruego se podría estar requiriendo el cumplimiento. A nuestro modo de ver, no resulta indispensable el tono enfático de una declaración para que ésta tenga naturaleza interpelatoria. Y el ruego constituye tal vez el mejor ejemplo. Si un acreedor pide por favor a su deudor que le pague, o incluso si lo hiciese como un ruego o una súplica, ello podría obedecer a diversas circunstancias, como el empleo de modales, una situación de precariedad económica o, incluso, un estado de necesidad. Pero, si hay algo claro es que se está requiriendo el pago, pues el acreedor necesita que el deudor cumpla la prestación y está transmitiendo al deudor su inequívoca voluntad en ese sentido.

Se afirma —recuerda Wayar— que la interpelación debe ser coercitiva y no declarativa; con ello se refiere a que el reclamo debe llevar implícita una advertencia al deudor de que si no cumple ante el requerimiento, puede ser compelido a hacerlo por la fuerza (siempre que esto fuese posible).

Tampoco concordamos con esta tesis, pues no creemos que la interpelación sea o deba ser algo así como un ultimátum. La interpelación, simple y llanamente, es una declaración de requerimiento de pago. Las amenazas sobran, tanto en el plano práctico —si el acreedor no desea recurrir a ellas— como en el plano legal, pues el acreedor siempre contará con las acciones que le franquee la ley.

Interpelar no es sinónimo de hablar más fuerte que la contraparte; tampoco es sinónimo de ultimátum o amenaza. Simplemente, implica cobrar lo debido.

Además de lo expresado, Wayar refiere que, en caso de duda acerca de la presencia de las condiciones o requisitos de la interpelación, debe estarse a favor del deudor (*favor debitoris*), considerando que no existe interpelación. Desconocemos el origen de tal presunción. Creemos que el análisis para apreciar si hay o no interpelación, debe tener un carácter meramente objetivo, de modo tal que si se encuentran presentes todos los requisitos, habría interpelación; en ausencia de alguno, no la habría. Pero tal análisis debe ser meramente objetivo, ajeno al *favor debitoris*.

Por lo demás, nuestro Código Civil de 1984 no recoge de manera uniforme el principio *favor debitoris*, pues en tantas otras normas acoge el opuesto *favor creditoris*[3142].

3142 Texto correspondiente a la tercera edición.

2.4.6. Debe ser formulada por el acreedor

Jorge Peirano sostiene que, en relación al tema de quién[3143] debe formular la intimación, no pueden presentarse dudas de ninguna especie, ya que sólo el acreedor puede ser sujeto activo de la interpelación de la mora del deudor. Este principio se sustenta justamente en la esencia del concepto de mora: siendo la mora el estado en que cae el deudor cuando cesa la tolerancia que el acreedor le otorgara en espera de que ejecute su prestación, es obvio que sólo al acreedor corresponde decidir en qué momento desea interrumpir esa tolerancia. Lo expuesto hasta aquí por Peirano es, en opinión nuestra, exacto, con las reservas que hemos formulado en la parte final del punto 3.4.4. que antecede.

Con relación a lo expresado, señala dicho autor que es oportuno recordar que según lo estableció el Derecho romano, no bastaba para constituir en mora al deudor que éste fuera intimado por su acreedor, sino que se necesitaba que se tratara de una persona a la que el deudor no podía desconocer la calidad de acreedor. De esta manera, los autores señalan que si, por ejemplo, la intimación es formulada por un heredero, y el deudor, por su parte, piensa que su acreedor es aún el causante que no ha fallecido, no puede, entonces, considerarse que el deudor ha incurrido en mora.

Sin embargo, esto último es sólo parcialmente cierto, en la medida en que si nos encontrásemos ante el caso del heredero aparente, es decir, de aquella persona que ha sido declarada heredera de un causante, pero que luego de formular una intimación al deudor se le anula la condición o calidad de heredero, por haber aparecido, por ejemplo, alguien que haga valer su mejor derecho de tal, vía la acción petitoria de herencia, esa intimación sí sería válida, pues habría sido hecha por quien tenía —jurídicamente hablando— la condición de heredero al momento en que hizo el requerimiento de pago.

2.4.7. No es formal

Wayar[3144] afirma que la declaración interpelativa no está sujeta a forma ni solemnidad alguna, por lo que bastaría señalar que puede ser hecha por escrito o verbalmente, incluso por teléfono; y en cualquier caso tiene plena eficacia, siempre que su existencia sea fehacientemente demostrada por el acreedor.

Respecto de este tema —que ampliaremos más adelante— podemos añadir que para interpelar pueden emplearse, inclusive, todos los medios electrónicos más avanzados que imperan en las comunicaciones de nuestros días.

3143 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

3144 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 378.

Sin embargo, precisa aclararse que lo expresado en torno a la ausencia de formalidad legal rige para la interpelación extrajudicial, mas no para la interpelación judicial.

Pero hay que aclarar un tema que resulta fundamental. Y es que el empleo de medios de comunicación ajenos a los contemplados en el contrato no necesariamente va a garantizar una interpelación que tenga como consecuencia la constitución en mora del deudor; ello, en la medida en que este último no tendrá por qué estar atento a aquellas comunicaciones que lleguen a esos otros medios no previstos en el propio contrato[3145].

2.5. Condiciones que debe reunir la interpelación

Wayar[3146] considera que el requerimiento, para tener plena eficacia moratoria, debe reunir una serie de condiciones que pueden ser clasificadas en intrínsecas a la interpelación misma o extrínsecas a ella.

Las condiciones intrínsecas serían las siguientes: a) el carácter categórico, inequívoco y coercitivo de la declaración del acreedor; b) el reclamo debe ser apropiado a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de cumplimiento de la obligación y referirse específicamente al objeto debido; c) se debe exigir un cumplimiento de factible o de posible realización.

Por otro lado, las condiciones extrínsecas serían dos: a) al tiempo de interpelar, el acreedor debe prestar toda cooperación que sea menester para facilitar la ejecución; b) el acreedor no debe encontrarse en situación de mora.

En adelante, el desarrollo de dichas condiciones.

2.5.1. Condiciones intrínsecas

2.5.1.1. El requerimiento debe contener una exigencia categórica, inequívoca y coercitiva de pago

Respecto de este punto remitimos al lector al análisis que hiciéramos en torno al tema de los caracteres de la interpelación.

2.5.1.2. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto al objeto y contener referencias concretas

Wayar sostiene que la declaración del acreedor, además de ser categórica, inequívoca y coercitiva, debe precisar el *quid* y el *quantum* de la prestación que reclama, e indicar con claridad el lugar, el tiempo y el modo en que el cumplimiento de aquélla debe verificarse.

3145 Texto correspondiente a la tercera edición.

3146 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 400-410.

Si alguna de estas menciones falta o es defectuosa, precisa Wayar, el deudor no puede ser sancionado con las consecuencias de la mora; ni siquiera puede afirmarse que un eventual retardo sea producto de su negligencia o culpabilidad sino, por el contrario, de la conducta del propio acreedor.

La doctrina coincide en sostener que una interpelación defectuosa no provoca la mora del deudor. Sin embargo, pensamos que en muchos casos la manera en que se deba pagar resultará tan clara y evidente que no habrá necesidad de formular referencias adicionales al objeto de la prestación.

2.5.1.3. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a la referencia de la prestación debida

Wayar entiende que la referencia a la prestación cuyo cumplimiento se exige debe ser precisa.

Asimismo, Cazeaux y Trigo Represas[3147] sostienen que el requerimiento debe adecuarse estrictamente a la prestación que es objeto de la obligación. Si el acreedor exige algo distinto de lo que le es debido, su reclamo no surte efecto interpelativo. En este sentido, se ha dicho que es ineficaz para constituir en mora al deudor la carta que no intima el cumplimiento de la obligación, sino el pago de las prestaciones que eran consecuencia de la resolución del contrato que se tenía por ocurrida.

En la misma línea argumentativa, Wayar sostiene que, si se pretende algo completamente distinto de aquello a que se tiene derecho, el requerimiento carece de eficacia moratoria, opinión que es compartida por la mayoría de la doctrina consultada[3148]. Un ejemplo de esta situación sería que el deudor deba ejecutar la prestación de dar un inmueble determinado a su acreedor y éste interpele a aquél exigiéndole que ejecute una prestación de hacer, consistente en pintar un cuadro. Pero Wayar se pregunta, ¿qué sucedería en el caso de que se exija el cumplimiento de una prestación que difiere en parte de la prometida? Por ejemplo, cosas de calidad inferior o superior a la debida, o un monto mayor o menor.

Al respecto, Borda[3149] sostiene que la solución depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto. Sin embargo, asevera que debe admitirse la validez de la interpelación, al menos, en dos supuestos genéricos: 1) si es de suponer razonablemente que aun de haber sido correcta la interpelación, el deudor no hubiera pagado; 2) si, conforme a la buena fe, debe tenerse por suficiente, en el caso dado, una interpelación incorrecta.

3147 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 120.

3148 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 259; Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 113; Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 261; Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 78; entre otros.

3149 *Idem.*

EL DERECHO CASTELO FREYRE

La regla general, en nuestro concepto, es que precisa respetarse rigurosamente el requisito de exigencia de la prestación adeudada, debiendo revestir los elementos de identidad e integridad que son comunes a todo el Derecho de Obligaciones.

En cuanto a exigir una prestación distinta de la debida, resulta obvio que esa situación no configuraría estado moratorio. El problema surgiría si se exige el cumplimiento de algo parecido, como sería el caso en que se requiera el pago con un bien de la mejor calidad cuando sólo se puede reclamar uno de calidad media, por citar un ejemplo.

Estimamos que ahí no habría intimación, en la medida en que el requerimiento nunca podrá estar seguido de la afirmativa o asentimiento del deudor, pues éste simplemente no estaría obligado a pagar aquello que se le está exigiendo.

Lo propio ocurriría si se requiere el cumplimiento de una prestación parecida y hasta equivalente. Por ejemplo, si el deudor debe mil dólares y su acreedor le exige el pago de S/ 3,700 (en la eventualidad de que el tipo de cambio de venta fuese de 3.70 soles por dólar).

Si bien es cierto que el acreedor estaría exigiendo una cantidad de igual valor, es claro que la prestación cuyo pago se requiere sería divergente con la prestación reclamada, pues sólo coincidirían los valores de éstas. Además, no debe olvidarse que el carácter facultativo sólo está presente en las obligaciones de dar moneda extranjera en favor del deudor, mas no del acreedor. Si bien el deudor puede optar entre pagar en moneda extranjera o en moneda nacional, el acreedor, en el ejemplo propuesto, no podría exigir que se le pague en moneda nacional, pues no se trataría de la prestación principal, sino de la accesoria (argumento del artículo 1237 del Código Civil peruano de 1984).

Wayar afirma que existe consenso en admitir la validez y eficacia de la interpelación, en el supuesto de que el acreedor reclame una cantidad menor (o cosas de inferior calidad). En este sentido, argumenta Von Thur, en concepto acogido por Borda, que la solución se justifica porque el acreedor está autorizado para exigir, si lo creyere conveniente, un pago parcial. Al respecto, Wayar comparte la tesis, pero no sus fundamentos.

Nosotros, como lo hemos manifestado, no compartimos ni la tesis ni sus fundamentos.

Wayar sostiene que debe aceptarse la validez de la interpelación por la que se reclama el pago de sólo una parte de la deuda, porque ello favorece la dinámica de las obligaciones, al agilizar o, en cierta forma, facilitar la disolución del vínculo.

Además —agrega Wayar—, desde el punto de vista del deudor, su situación es menos grave que si se le hubiere reclamado la integridad del crédito. Pero, añade, que no se afirme que el acreedor está facultado para exigir pagos parciales, como tampoco el deudor puede pretender no estar en mora por la sola y única circunstancia de que se le reclamó una cantidad menor, argumentando que no está

obligado a efectuar entregas parciales. Esto constituiría, a criterio de Wayar, un ejercicio abusivo de su derecho; pero, precisa, el deudor puede en cambio tener legítimo interés en cumplir íntegramente la prestación y, en tal caso, si el acreedor no aceptara el ofrecimiento, no sólo no habría mora del deudor, sino que el acreedor sería el moroso.

Por nuestra parte, entendemos que, si el acreedor reclamase al deudor un pago parcial, ello constituiría un acto intimatorio, en la medida en que quedara claro que el acreedor lo que está reclamando es que el deudor le pague una parte de aquello que le debe y no simplemente una cifra o cantidad que, por ser menor, es distinta de la debida.

Esto, con varias salvedades; y es que no resultaría un acto intimatorio constitutivo de mora si el bien o prestación a ejecutar no fuese divisible; o si su ejecución parcial no resultase posible; y, tampoco, si perjudicara los intereses del deudor[3150].

Por otra parte, en caso de que el acreedor reclamara una cantidad mayor (o cosas de superior calidad), Enneccerus-Lehmann[3151] y Borda[3152] opinan que la interpelación es válida respecto de la cantidad adeudada, mientras que otros autores le niegan tal eficacia.

Wayar[3153] se adhiere a la primera posición, pues considera que el deudor no puede ampararse en esa circunstancia para evitar los efectos de la mora.

Nosotros consideramos válida la segunda posición. Estimamos que, si el requerimiento de pago que efectúa el acreedor al deudor fuese por una cantidad mayor que la debida, la negativa del deudor se impone y no debería exigírsele efectuar precisiones al respecto.

2.5.1.4. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a las referencias al tiempo, lugar y modo en que la prestación debe cumplirse

Wayar[3154] sostiene que el factor tiempo es importante enfocarlo desde dos puntos de vista: en primer lugar, el requerimiento debe ser oportuno, es decir, concretado una vez que la obligación se hizo exigible; en segundo lugar, no debe ser sorpresivo, sino que debe conceder al interpelado un plazo razonable de ejecución.

La doctrina mayoritaria considera que la intimación debe efectuarse después de que la obligación se ha hecho exigible. Es ahí donde se aprecia el aspecto de la oportunidad del requerimiento. En ese sentido, éste será oportuno cuando el acreedor lo formule luego de que la relación de obligación haya entrado en una

3150 Texto correspondiente a la tercera edición.

3151 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* tomo II, volumen I, p. 259.

3152 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, p. 78.

3153 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 403.

3154 *Ibidem*, pp. 404 y 405.

fase de su desarrollo temporal en que el comportamiento debido es exigible. Es decir, la interpelación debe ser hecha después de vencida la obligación. Además, la exigibilidad es importante porque constituye un presupuesto de la situación de mora, ya que condiciona la eficacia de la interpelación.

Una postura contraria a la expresada es sostenida por Hernández Gil[3155], quien propugna la validez del requerimiento anticipado realizado por el acreedor antes del vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición suspensiva, es decir, antes de la exigibilidad del crédito. En este sentido, según Hernández, el requerimiento no pierde su eficacia porque se haga en fecha anterior al vencimiento, si éste consta con certeza, porque se trataría de una advertencia de que el acreedor no tolerará el retardo y de que el deudor deberá cumplir en cuanto llegue el término. Con esto —precisa el citado autor—, quedaría satisfecha la función de requerimiento, que no es otra que la de hacer saber al deudor que ha cesado la tolerancia del retardo.

Al respecto, Wayar considera que esta tesis es inadmisible por dos razones principales: a) porque el principio de buena fe no tolera que el acreedor agrave la situación de su deudor; b) porque ello importaría derogar —por un acto unilateral del acreedor y en su exclusivo beneficio— la regla de la interpelación.

Asimismo, Cano[3156] discrepa de la posición de Hernández, al considerar que este autor olvida la sustancial función del principio de diligencia del acreedor para obtener cuanto se le debe, lo que le obligará a recordar al deudor el hecho de que lo es, el vencimiento del plazo, la naturaleza, identidad y cuantía de la deuda. Agrega Cano que tal función de recuerdo e identificación de la obligación de que se trata y de la prestación que se debe, no parece compatible con la idea de una interpelación anticipada.

En esta misma línea de pensamiento, Llambías[3157] expresa que si se aceptara la interpelación anticipada se permitiría que el acreedor, unilateralmente, dejara de lado la exigencia interpelatoria (por ejemplo, en las obligaciones de plazo tácito), ya que podría formular la intimación inmediatamente después de contraída la obligación y estando pendiente el plazo (incluso ello sería posible en las obligaciones de plazo incierto). Concluye Llambías diciendo que «esa sola posibilidad resulta francamente absurda».

Por nuestra parte, coincidimos con la doctrina mayoritaria que refiere la necesidad de que la obligación sea exigible para que la interpelación tenga plena eficacia. Lo contrario constituiría negar a la exigibilidad el carácter de presupuesto de la mora, además de atentar —como bien dice Wayar— contra el principio de

3155 Hernández Gil, Félix. «La intimación del acreedor en mora *ex persona*». En *Anuario de Derecho* Civil. Madrid, 1962-2, tomo xv, p. 353.

3156 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 69.

3157 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Op. cit.*, tomo i, p. 147.

buena fe, en el sentido de no agravar más la situación del deudor. Y, por último, se transgrediría el principio de diligencia del acreedor, de interpelar a su deudor cuando la obligación a que tiene derecho sea exigible. Todo esto, tendría como resultado desnaturalizar profundamente la institución de la mora.

Por otra parte, la intimación que se anticipe al incumplimiento no es sinónimo de que existirá ausencia de tolerancia ante un eventual futuro incumplimiento. Bien podría ocurrir que luego de que el acreedor formule al deudor la advertencia de que pague oportunamente, una vez producido el incumplimiento dicho acreedor termine siendo tolerante respecto al deudor, concediéndole un plazo de gracia y constituyéndolo en mora sólo tiempo después del expresado incumplimiento.

En relación con la referencia del lugar en el que, según el requerimiento, deberá efectuarse el pago, precisa tenerse en cuenta lo prescrito por el artículo 1238 del Código Civil, relativo al lugar de pago. Este precepto dispone que «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».

Dicha norma es de aplicación al tema que nos ocupa. En este sentido, en el acto interpelatorio se debe señalar el lugar de pago de acuerdo a esas reglas, salvo que, de acuerdo a lo convenido en el contrato, a lo previsto por la ley, o a las circunstancias del caso, ello deviniese en redundante.

Sin embargo, es necesario analizar lo que sucedería si en la interpelación se consignara un lugar de pago distinto al acordado por las partes, o al señalado por la ley o, en defecto de todo ello, de aquel que surja de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Al respecto, coincidimos con la opinión de Wayar[3158], en el sentido de que debe considerarse válida la intimación, aunque el deudor no esté obligado a trasladarse al lugar que se le exige, siendo suficiente que permanezca en el lugar convenido o, en su defecto —de acuerdo con la legislación peruana—, en su domicilio, en tiempo oportuno para efectuar el pago. Asimismo, precisa el citado autor, si el acreedor no concurre al lugar designado a recibir el pago, no habrá mora del deudor, sino, en todo caso, mora del acreedor. En suma, concluye refiriendo que se inclina por la validez del acto interpelatorio, por cuanto la voluntad del acreedor es clara y terminante: exige el cumplimiento y es ello lo que cuenta; pero si se pretende por ese acto modificar el lugar de cumplimiento, el acreedor corre el riesgo de quedar él en mora, si el deudor ofrece el pago en el lugar que corresponde.

3158 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 405.

Se entiende que la intimación debe dirigirse al domicilio del deudor. Ello, como consecuencia del carácter recepticio de la interpelación. Al respecto, la doctrina considera que esta regla no es rigurosa, pues lo que realmente interesa es que la intimación del acreedor llegue a conocimiento del interpelado, aunque no haya sido dirigida a su domicilio, entendiéndose como tal, en sentido lato, la simple morada.

Por tal razón, siempre que el acreedor demuestre que el requerimiento llegó a conocimiento del deudor, el acto tendrá plena eficacia, a pesar de haber sido dirigido a un lugar distinto del domicilio del *solvens,* todo lo cual se estimará según las reglas de la buena fe.

Si bien carece de importancia el lugar donde se encuentre el acreedor al momento de emitir la intimación, es indispensable que al tiempo en que la prestación deba cumplirse dicho acreedor se encuentre presente en el lugar designado para ello.

Respecto al modo de ejecución de la prestación objeto de la obligación, si existiera discrepancia evidente entre éste y el modo de cumplimiento contenido en la interpelación, la doctrina mayoritaria afirma que el deudor podrá rechazarla sin incurrir en mora. A manera de ejemplo, se dice que esto ocurriría si el deudor solamente se hubiera comprometido a reparar un objeto y se requiriese su fabricación.

Sin embargo, en el supuesto de que la diferencia no sea sustancial, Wayar[3159] considera que el deudor no podrá ampararse en esa pequeña deslealtad para detener los efectos del requerimiento, ya que este comportamiento podría constituir un ejercicio abusivo del derecho. Por tal razón, el juez, para decidir en un caso concreto, deberá tener en cuenta particularmente la buena fe de las partes, tal como lo establece el artículo 1362 del Código Civil peruano.

2.5.1.5. Exigencia de cumplimiento factible

Es fundamental que el acto interpelatorio contenga un plazo razonable para que el deudor pueda ejecutar su prestación a favor del acreedor. En este sentido, Cazeaux y Trigo Represas[3160] estiman que la intimación debe hacerse de manera que proporcione al deudor la oportunidad de cumplir la prestación. Wayar[3161] también considera que el acreedor debe requerir un cumplimiento de posible realización. Los tratadistas citados han precisado, por consiguiente, el alcance de este concepto, de modo tal que el deudor no puede quedar constituido en mora si lo que se le exige no resulta de factible ejecución en condiciones normales.

3159 *Ibidem,* p. 407.

3160 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 120.

3161 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 407 y 408.

Según Wayar, de esta manera el reclamo no debe ser sorpresivo, que implique lo que él llama «una verdadera emboscada para el deudor», ni debe colocarlo en situación de ansiedad por la concesión de un plazo mínimo, etcétera. El tiempo prudencial que debe concederse al deudor depende, lógicamente, de la naturaleza de la obligación. Cazeaux y Trigo Represas, por su parte, coinciden en esta perspectiva y ella se refiere a la concesión al deudor de un plazo prudencial para la ejecución de la obligación.

En opinión nuestra, el hecho de que el acreedor no haya procedido a exigir el pago durante un lapso considerable y luego lo reclame de improviso no constituiría una situación similar a una «emboscada». Resulta evidente que el acreedor podrá exigir el cumplimiento en el momento que considere más conveniente a sus intereses. Y el cumplimiento que requiera, incluso podría ser inmediato. Entendemos que el deudor aquí no estaría en aptitud de alegar la existencia de un abuso del derecho, en la medida en que ya debió cumplir con pagar y no lo hizo. Simplemente acabó la prórroga tácita y punto.

Menos podría invocarse esa "divina pomada" (para algunos), que es la denominada *teoría de los actos propios*, en el sentido de que el reiterado no cobro de la obligación hizo generar en el deudor la confianza de que no se le cobraría más adelante. Tamaño absurdo[3162].

2.5.2. Condiciones extrínsecas

2.5.2.1. Al formular el requerimiento, el acreedor debe ofrecer la debida cooperación

Cazeaux y Trigo Represas[3163] sostienen que en los casos en que para el cumplimiento de lo debido fuera necesaria la cooperación del acreedor, la intimación debe contener el ofrecimiento de esa colaboración indispensable. Así ocurre, por ejemplo, cuando la prestación está sometida a una elección, opción, indicación o designación en que debe intervenir el acreedor, o cuando se ha convenido que el acreedor debe retirar las cosas objeto de la obligación u otras situaciones similares.

De nada valdría en estas hipótesis —precisan los citados autores—, una intimación que no estuviera complementada con el comportamiento correspondiente del acreedor.

Por su parte, Wayar[3164] considera que la cooperación del acreedor requerida para que el deudor pueda ejecutar la prestación debida no constituye —como señala Llambías— una condición extrínseca de idoneidad de la interpelación, sino en realidad forma parte de los presupuestos de la situación de mora.

3162 Texto correspondiente a la tercera edición.

3163 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 120.

3164 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 408.

Dicho profesor anota que la debida cooperación del acreedor tiene que prestarse en cualquier caso (con independencia de la interpelación), por lo que si ella faltara, todo eventual incumplimiento o retardo por parte del deudor no sería imputable a él.

Wayar agrega que algunos autores estiman que cuando se la menciona como una condición de la interpelación, se quiere destacar que el requerimiento debe ir acompañado del ofrecimiento de cooperación, el cual sólo será eficaz si el acreedor ejecuta —al tiempo de formular la intimación— lo exigible por su parte (por ejemplo, encontrarse en el lugar de cumplimiento, hacer las indicaciones precisas, mostrarse dispuesto a hacerlas, etcétera).

Además, es importante tener en cuenta que, ante la ausencia de cooperación necesaria del acreedor para la ejecución de la prestación del deudor, no sólo la interpelación formulada por aquél devendrá en ineficaz, sino que también se producirá la mora del acreedor. Al respecto, José Caballero Lozano[3165] expresa que uno de los requisitos de esta clase de mora, entendido como un modo de protección al deudor, se genera cuando el acreedor no lleva a cabo la actividad indispensable para que aquél pueda cumplir puntualmente la obligación y liberarse de la deuda.

En este sentido, se entiende que la cooperación que debe proporcionarse al deudor para que la interpelación sea válida, será aquella actividad estrictamente necesaria para que éste pueda ejecutar idóneamente la prestación debida.

Por tal razón, consideramos que no sería justificación aceptable que el deudor argumentara que la interpelación es ineficaz porque no cubrió todas sus expectativas de colaboración respecto a la actuación del acreedor, si éste realizó la acción pertinente de acuerdo con la naturaleza de la obligación.

Nosotros entendemos que cuando el acreedor intime, o exija el pago al deudor, debe encontrarse dispuesto a satisfacer los requerimientos o actos que a su vez resulten de cumplimiento necesario para que el deudor pueda cumplir con la prestación debida, la que es materia del respectivo requerimiento.

También entendemos que la disposición del acreedor para realizar dichos actos de colaboración debe ser plena, vale decir, que éste debe encontrarse totalmente dispuesto y en aptitud de ejecutarlos de inmediato y conforme a lo establecido en el título constitutivo de la obligación. En caso contrario evidentemente no se habría configurado la mora del deudor, pero como señalan los autores consultados, habría mora del acreedor.

3165 Caballero Lozano, José. *La mora del acreedor*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992, pp. 97-99.

2.5.2.2. Al formular el requerimiento, el acreedor, a su vez, no debe encontrarse en situación de incumplimiento

Respecto a la ausencia de cumplimiento del acreedor, la doctrina es unánime en afirmar que quien no cumple sus propias obligaciones no está en condiciones de exigir el cumplimiento de las de la otra parte, siempre que entre estas obligaciones exista una relación de reciprocidad o conexidad.

En este orden de ideas, el artículo 1335 del Código Civil peruano prescribe que «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

Wayar precisa que esta situación sólo puede presentarse cuando las obligaciones de las partes son recíprocas, conexas o correspectivas, entendiendo por tales las nacidas de la misma causa, que son interdependientes entre sí y que se explican mutuamente (a modo de ejemplo, en la compraventa, la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio, etcétera).

En contraste, no funciona lo descrito cuando las obligaciones son independientes, o nacidas de causas diferentes. En síntesis, la doctrina considera que si el acreedor —a su vez deudor de una obligación correspectiva— se encuentra en situación de incumplimiento, no puede interpelar válidamente a su deudor.

Wayar advierte, por último, que lo expresado por la doctrina no implica la exigencia de que el acreedor se encuentre en mora, ya que será suficiente que éste haya incumplido (*lato sensu*) la obligación a su cargo para invalidar el requerimiento.

No se entiende, por ello, que el Derecho desea perjudicar a la parte que exige, pero que no ha cumplido con la prestación que le corresponda, al no permitirle constituir en mora a la contraria estando ella misma en incumplimiento.

Lo que el Derecho quiere, simplemente, es establecer un requisito para que el acreedor pueda reclamar al deudor lo debido. ¿Qué menos se puede pedir a quien exige un pago, que el haber cumplido con pagar la contraprestación que le correspondía ejecutar previamente o de manera simultánea con su deudor, o en su caso otorgar garantías de que la cumplirá?

Cabe recordar, además, que el propio Código Civil peruano establece en materia contractual los muy útiles mecanismos de la excepción de incumplimiento (artículo 1426) y de la excepción de caducidad de término (artículo 1427)[3166].

3166 Artículo 1426.- En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.
Artículo 1427.- Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

EDUARDO MARIO CÁCERES FREYRE

2.6. Los sujetos de la interpelación

Resulta importante determinar con claridad, en todos los casos, quiénes son los sujetos de la interpelación, es decir, quién debe formular la interpelación (sujeto activo) y quién debe recibirla (sujeto pasivo).

2.6.1. Sujeto activo de la interpelación. El acreedor

2.6.1.1. Interpelación efectuada por representante o mandatario

Según Giorgi[3167], en principio, se debe afirmar que el representante o mandatario legal o voluntario, del acreedor está en condición de interpelar válidamente en nombre de éste. Asimismo, descarta la necesidad de que el mandatario deba gozar de poder especial para hallarse provisto de la facultad de hacer la intimación en nombre del acreedor, señalando que es suficiente que tenga mandato para tratar aquellos negocios a que se refiere el pago.

En esta línea argumentativa se encuentra Wayar[3168], quien considera que el mandatario no necesita de poderes especiales para interpelar válidamente en nombre del acreedor. Wayar fundamenta su posición expresando que si el mandatario está obligado a tomar todas las medidas conservatorias que las circunstancias exijan, en resguardo de los derechos de su mandante, no cabe duda de que está obligado y autorizado a formular las interpelaciones que sean necesarias, lo cual se halla implícito en los poderes del representante. Quien puede lo más puede lo menos.

Agrega que tampoco es preciso que el deudor conozca la existencia del mandato, ya que una vez operada la intimación éste queda obligado a verificar dicha situación anterior como un deber impuesto por la buena fe negocial.

Por su parte, Peirano[3169] considera que la validez de la intimación emanada del representante legal o convencional del acreedor no ofrece duda alguna, tomando en cuenta que jurídicamente los actos del representante son como actos cumplidos por el propio representado.

A criterio nuestro, al constituir la interpelación un beneficio para el acreedor, en el sentido de que éste podrá verse favorecido con las consecuencias que desencadenará la situación de mora del deudor, sólo será necesario que el representante o mandatario cuente con poder general y no con poder especial (argumento de los artículos 155 y 156 del Código Civil peruano). Esto, en virtud de que la intimación que realice el representante o mandatario no implicaría un acto de disposición del patrimonio de su representado o mandante; al contrario, persigue que el deudor

3167 Giorgi, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno.* Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana. Traducida de la 7.ª edición. Madrid: Reus, 1977, tomo II, volumen IV, p. 91.

3168 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 382.

3169 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 32 y 33.

ejecute su prestación, con lo que recién se produciría eventualmente un incremento y no una disminución en el patrimonio del acreedor (representado o mandante).

2.6.1.2. Interpelación efectuada por el gestor de negocios

Peirano[3170] estima que la determinación de la validez de la intimación emanada del gestor de negocios del acreedor es menos clara que cuando la interpelación fuese formulada por el representante o mandatario, ya que en este supuesto no existiría duda alguna acerca de su validez.

No obstante, dicho autor acepta, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, que la interpelación realizada por el gestor de negocios del acreedor es válida, ya que éste debe considerarse como representante del acreedor puesto que ejecuta los actos que él hubiera realizado.

Por su parte, Giorgi[3171] sostiene que no es fácil decidir si el gestor de negocios tiene autoridad para hacer la intimación. No es exacto decir que no la tiene nunca o que la tiene siempre. Así, la respuesta dependerá de las circunstancias del caso.

En este sentido, es necesario que la persona que hace la intimación no sólo tenga derecho a exigir el pago, sino que además haya dado a conocer al deudor este derecho, o por lo menos es necesario que el deudor lo haya sabido por cualquier medio. Además —agrega Giorgi—, este derecho no faltará nunca al gestor de negocios respecto de los créditos por él mismo creados con su gestión a favor del que administra.

Una posición distinta es sostenida por Dermburg, quien es seguido por Von Thur y Busso —citados por Wayar—[3172], quienes afirman que el gestor de negocios desprovisto de mandato no puede interpelar válidamente al deudor ni aun en el supuesto de haber sido él mismo quien constituyó el crédito a favor del acreedor, mientras este último no hubiere ratificado la gestión.

Por nuestra parte, debemos recordar que, como se infiere del segundo párrafo del artículo 1952 del Código Civil peruano, la gestión de negocios también puede presentarse si tiene por objeto evitar algún perjuicio inminente a los negocios de quien se beneficie con la gestión.

Por ello, consideramos que la interpelación sólo sería válida dentro del marco de una gestión de negocios, si se hubiese realizado para evitar un perjuicio al acreedor en torno al carácter exigible del crédito, por ejemplo, evitar una prescripción. En caso contrario, vale decir, si el tercero no tuviese razón alguna para intervenir en los asuntos del acreedor, deberá considerarse que dicha interpelación es inválida.

3170 *Ibidem*, p. 33.

3171 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, p. 91.

3172 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 383.

2.6.1.3. Interpelación efectuada por la persona designada para recibir el pago

Sobre este tema, Von Thur y Busso —citados por Wayar—[3173] niegan que la persona designada para recibir el pago *(adiectus solutionis causa)* pueda válidamente interpelar en nombre del acreedor.

Por su parte, Giorgi[3174] mantiene una posición contraria, ya que a su criterio el tercero autorizado a recibir el pago está facultado para formalizar la intimación, siempre que tal facultad no sea ignorada por el deudor.

Wayar[3175] expresa que entre las dos tesis enunciadas, él se adhiere a la postura de Giorgi.

Nosotros compartimos esta posición. Creemos que quien está autorizado para cobrar una deuda sí puede interpelar, pues para poder cumplir con el encargo de cobrar, debe precisamente hacer todo lo posible para que se efectúe el pago. Por lo tanto, hasta resultaría natural que constituya en mora al deudor. Tan natural como que llame por teléfono al deudor o se dirija a su domicilio.

2.6.1.4. En la obligación de intervenir en el otorgamiento de una escritura pública, ¿la citación hecha por el notario a una de las partes, equivale a una interpelación válida?

Sobre este tema —planteado por la doctrina argentina—, lo relevante es determinar si el notario tiene legitimación activa para constituir en mora a la parte que, habiendo sido eficazmente citada, no asiste a su despacho.

Llambías[3176] considera que la citación del notario no implica una interpelación válida a la parte que no acude a la cita. La razón se halla en que el notario, sea quien fuere el que lo hubiese designado (una de las partes o ambas), no tiene carácter de mandatario; es sólo un funcionario a quien la ley faculta para otorgar escrituras públicas. En este sentido, el notario estaría legitimado activamente para formular interpelaciones válidas sólo si las partes acuerdan de manera expresa que la citación notarial equivaldrá a una intimación. Únicamente así el notario se hallaría legitimado para interpelar.

Posición contraria es sostenida por Borda[3177], quien estima que la citación del notario interviniente basta para constituir en mora a la parte que no comparece a la celebración del acto.

En este sentido, asigna a la citación del notario el carácter de interpelación válida. Esta afirmación la sustenta en la existencia de un mandato tácito que otorgan

3173 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 383.
3174 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo II, p. 91.
3175 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 383.
3176 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 138 y ss.
3177 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 359.

las partes al notario, en virtud de que éste ha recibido de aquéllas el encargo de elaborar la escritura.

A decir de Borda, este encargo implica que el notario proceda por orden de las partes y siguiendo sus instrucciones; y de esta forma se le concede un mandato tácito, por lo que dicho funcionario se hallaría facultado para citar a las partes a la celebración del acto.

De esta manera, entiende que «Entre personas de buena fe, no es habitual la interpelación directa, basta con la citación del escribano (notario) para que comprador y vendedor concurran a celebrar el acto. Sólo los contratantes maliciosos echan mano del argumento leguleyo de que la citación del escribano no importa requerimiento».

Wayar[3178] admite tener simpatía por la tesis de Borda, pero a su vez, entiende que ésta carece de sustento legal suficiente como para sostenerla. Por tal razón, Wayar considera que no cabe otra alternativa que aceptar la solución propuesta por Llambías. Esto implicaría que si las partes no le confieren, de manera expresa o tácita, mandato al notario que le faculte a interpelar, entonces éste no podría hacerlo válidamente.

El notario, por lo tanto, no podría interpelar eficazmente, porque ello no forma parte de la función que los contratantes le encargan. Se contrata al notario para la confección de la escritura y en esta tarea prima el aspecto de funcionario y fedatario que aquél reviste; no se le contrata para que gestione o procure el cumplimiento de la prestación, en cuyo caso sí estaría en condiciones de interpelar.

Compartimos plenamente —amparándonos en idénticos fundamentos— la posición de Llambías y Wayar. Ella es sensata, correcta y adecuada a la naturaleza de la función notarial.

2.6.2. Sujeto pasivo de la interpelación. El deudor

2.6.2.1. La intimación al deudor, ¿cuándo debe considerársela «recibida»?

Wayar[3179] anota que la intimación cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera propia del destinatario, de manera que sólo dependa de él (según el modo en que tenga organizada su casa o sus negocios) el que conozca o no la declaración que se le dirige.

En este sentido, Llambías[3180] propone la adopción del siguiente principio general: es eficaz la interpelación cuando se hace llegar al domicilio del deudor, de modo que sea inverosímil que éste no haya tomado conocimiento de ella.

3178 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 385-387.

3179 *Ibidem*, pp. 387 y 388.

3180 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 138.

Al respecto, Wayar expresa que la interpelación será válida, a pesar de que no llegue a conocimiento efectivo del deudor, si éste se hallare, aun momentáneamente, en imposibilidad de conocerla, sea por ausencia, enfermedad, embriaguez, porque sea analfabeto o por cualquier otra causa que no dependa del acreedor. Agrega Wayar que en estos casos la interpelación será válida, pero el deudor conserva el derecho de liberarse de responsabilidad, probando que el retardo no le es imputable.

Por nuestra parte, consideramos que para determinar el momento en que debe entenderse conocido por el deudor el acto interpelatorio, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por el artículo 1374 del Código Civil peruano, que precisa, en su primer párrafo, lo siguiente: «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».

Debe indicarse, sin embargo, que este precepto sólo rige para las declaraciones de carácter contractual. Esta afirmación, de acuerdo con el tema que nos atañe, se traduciría en aquella declaración relacionada con el cumplimiento de la obligación —más exactamente con la ejecución de la prestación— que formule el acreedor al deudor dentro de un marco contractual[3181]. Lo que nos permite admitir que la señalada declaración es un requerimiento de pago, es decir, una interpelación que efectúa el acreedor al deudor con la finalidad de que éste ejecute su prestación.

Por ello, podemos afirmar que de acuerdo con el primer párrafo del artículo 1374 del Código Civil, la interpelación se reputará conocida en el momento en que esta declaración llegue a la dirección del deudor —entendiendo esta última como su domicilio—. En tal sentido, la norma citada establece una presunción *iuris tantum* de conocimiento. Esta presunción radica en el entendido de que una vez que la declaración llega a la dirección del deudor, la misma ya se encuentra dentro de la esfera de dominio de éste, con lo cual puede ser fácilmente conocida por el deudor.

No obstante lo expresado, esta presunción se puede desbaratar mediante pruebas que demuestren que el desconocimiento del deudor se debe a la imposibilidad de conocer la interpelación. Además, el deudor deberá probar que no existió en él culpa que determinara este desconocimiento.

Cabe recordar, además, que la Ley n.° 27291, publicada con fecha 24 de junio de 2000, adicionó un segundo párrafo al artículo 1374, antes transcrito, referido a la contratación electrónica, del texto siguiente: «Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo».

3181 Para mayor información sobre el tema, remitimos al lector a la obra de De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Primera parte. *Op. cit.*, tomo II, pp. 275-285.

Por otro lado, Wayar comenta que una de las consecuencias del carácter recepticio de la interpelación es la posibilidad que tiene el sujeto activo (acreedor) de revocarla, siempre que el acto no se haya perfeccionado, sea por no haber llegado a conocimiento del deudor o por no haber ingresado en su esfera de acción. Realizado el perfeccionamiento, sólo podrá renunciar a los derechos derivados de la situación de mora, pero no revocar la declaración intimatoria.

Agrega Wayar que esta distinción puede tener relevancia práctica en las relaciones obligacionales con pluralidad de acreedores, ya que la revocación impide que los coacreedores se vean favorecidos; en cambio, la renuncia no los perjudica.

Finalmente, el citado autor sostiene que si la intimación resulta frustrada por el comportamiento del destinatario, ya sea porque éste se niegue a recibirla o imposibilite su recepción, esta actitud no impide que se originen los efectos del acto interpelatorio sino, por el contrario, ella traduce una conducta cargada de mala fe, la cual puede producir efectos nocivos para el deudor.

Respecto a la revocación de la declaración interpelatoria en el Perú, conforme a lo establecido por el artículo 1374 del Código Civil, ésta se podrá revocar antes de haber sido conocida o haber llegado a la dirección del deudor, de tal modo que no se haya consumado la interpelación como tal, con el consecuente despliegue de sus efectos.

Luego de analizar el tema del momento en que la declaración interpelatoria es conocida por el deudor, podemos concluir que la mayoría de legislaciones y autores concuerdan en que dicho momento se produce cuando la comunicación se halle en la esfera de dominio del deudor.

Esto puede verse reflejado a través de diversas expresiones que implican lo mismo como, por ejemplo, que la comunicación llegue a la dirección del destinatario, o que sea entregada en su domicilio, o en su lugar de residencia habitual, o en su oficina, u otros términos similares.

2.6.2.2. La interpelación hecha al mandatario del deudor

Peirano[3182] sostiene, con respecto al sujeto pasivo de la interpelación, que no cabe duda de que se trata del deudor.

Agrega Peirano que el fundamento lógico de este principio radica en que siendo la expresión de voluntad del acreedor de interpelar a su deudor una declaración de voluntad de carácter recepticio, ella no tendría validez alguna si no llegara a conocimiento real o presunto del deudor. De esto se deduce que la intimación hecha a persona distinta del deudor, a pesar de que refleje incuestionablemente el deseo del acreedor de interrumpir el lapso de tolerancia que le había otorgado al deudor para que cumpla con su prestación, no puede tener validez alguna.

3182 Peirano Facio, Jorge. *Op. cit.*, pp. 34-36.

Sin embargo, esta afirmación, de carácter tan genérico, el propio Peirano la mantiene luego con beneficio de inventario.

En efecto, el profesor citado precisa que a pesar de que resulta claro que el sujeto pasivo de la interpelación es el deudor, existen casos en que se presentan ciertas dificultades en torno de esa premisa. En primer lugar, es evidente que la intimación podrá ser hecha al deudor o a su representante legal o convencional, pero en este aspecto se produce una interrogante: ¿a qué representante?; ¿a todo representante, o sólo a alguno en especial? Estima que la única respuesta lógica es que la intimación de mora solamente es válida cuando se formula dirigida a aquel representante que puede efectuar un pago válido de la obligación de que se trata. De esto se desprende que será obviamente válida la intimación hecha al mandatario con poder general, pero no lo será aquella que, por ejemplo, se dirigiera contra un mandatario con facultades especiales para enajenar determinado bien, si la deuda de que trata no tuviera vinculación alguna con dicha enajenación.

Al estar de acuerdo con estas apreciaciones, sólo nos resta agregar que si hubiese más de un representante del deudor (todos ellos con facultades suficientes), será eficaz la intimación efectuada a cualquiera de ellos.

Cabe aquí preguntarnos, por otra parte, qué alcances debe tener el poder que ostente el representante del deudor.

Nuestro ordenamiento jurídico, específicamente los artículos 155 y 156 del Código Civil, establecen que el poder general comprende sólo los actos de administración, y no de disposición, como sería el caso en que se otorgase la facultad de pagar una deuda del representado, pues se estaría disponiendo del patrimonio de éste. En consecuencia, para que el mandatario efectúe un pago válido, sería necesario que gozara de poder especial —el que deberá constar en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad—, poder que le permitiría disponer de la propiedad del mandante con la finalidad de efectuar ese pago específico. Por lo tanto, el mandatario del deudor tendría que gozar de poder especial para que el acreedor lograra una interpelación válida.

Wayar[3183], partiendo de la posición de Giorgi, ha elaborado una tesis interesante y coherente que difiere, en cierto sentido, de la postura adoptada por Peirano.

Wayar expresa que respecto a la discusión de si es o no necesario que el mandatario se encuentre autorizado especialmente para efectuar el pago para que el acto interpelatorio sea eficaz, está de acuerdo con lo sostenido por Giorgi, en el sentido de que la solución a este problema quede librada al prudente arbitrio del juez, que declarará válida la intimación, siempre que tenga la certeza de que ésta llegó a conocimiento del deudor, a pesar de que su mandatario no esté autorizado para realizar el pago.

3183 WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 389.

También precisa que el carácter recepticio de la intimación queda satisfecho si el deudor la conoce, aunque sea a través de terceras personas que tengan con él alguna relación, y obviamente, con mayor razón, será válida si es un mandatario suyo el encargado de comunicar el reclamo. En este último supuesto, Wayar se refiere a aquel mandatario del deudor que no está autorizado a realizar el pago. En estos casos, tanto al tercero como al mandatario se les considera como intervinientes, por lo que será necesario que para que el acto interpelatorio se perfeccione, ingrese en la esfera de conocimiento del deudor.

Sin embargo, agrega Wayar, situación distinta se presenta si el mandatario está autorizado a realizar el pago, ya que en el momento en que aquel reciba la interpelación, ésta comenzará a surtir sus efectos, a pesar de que el deudor la ignore.

Consideramos que la posición de Wayar es completa y razonable, por lo que nos adherimos a ella.

2.6.2.3. El requerimiento al Estado y demás personas jurídicas de carácter público

Respecto a este tema, precisamos que en nuestro ordenamiento jurídico no existe disposición que regule específicamente el requerimiento al Estado y demás personas de carácter público, como un supuesto autónomo de la forma general de constituir en mora. En otras palabras, cuando el Estado o demás personas mencionadas sean sujetos pasivos de obligaciones, deberán regirse, en lo que se refiere al tema de la interpelación, por las normas del derecho común que la regulan.

No obstante, los requerimientos de pago deberán ser efectuados a las direcciones físicas o electrónicas consignadas por las partes como domicilios contractuales y, por ende, direcciones a dónde se podrá realizar comunicaciones que revistan validez y eficacia para la relación contractual[3184].

2.7. La eficacia de la interpelación bajo plazo o condición

Enneccerus, Kipp y Wolff[3185] enseñan que es eficaz el requerimiento a plazo. Para tal efecto citan como ejemplo a la reclamación para que se realice el pago de lo ya debido dentro de cuatro semanas, caso en el cual la mora comenzaría a surtir sus efectos al cumplirse dicho plazo.

En esta misma línea de pensamiento se halla Wayar[3186], quien considera que es válida y eficaz la interpelación hecha a plazo, teniéndose que computar sus efectos a partir del vencimiento de éste. Asimismo, afirma el citado autor que los fundamentos para admitir su eficacia son claros, ya que, si entre las condicio-

3184 Texto correspondiente a la tercera edición.

3185 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 263.

3186 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 410.

nes de idoneidad se cuenta con la concesión de un plazo prudencial para que el deudor pueda cumplir, es obvio que en esta hipótesis el intimado se verá verdaderamente favorecido.

Estamos plenamente de acuerdo con el parecer de la doctrina consultada, pues consideramos insostenible la posición que niegue validez a la interpelación sujeta a plazo suspensivo.

Por otro lado, respecto a la eficacia de la interpelación bajo condición, Enneccerus, Kipp y Wolff consideran que no se la puede considerar inválida, como se suele hacer con frecuencia, pero señalan que este requerimiento condicional sólo surtirá efectos cuando la condición se haya cumplido y la otra parte lo sepa.

En este sentido, Wayar estima que la interpelación hecha bajo condición suspensiva debe reputarse, en principio, plenamente eficaz, pero sus efectos se computarán desde el momento en que el deudor tome conocimiento de que la condición se ha cumplido. Esto significa que, como toda declaración condicional, sus efectos quedan en suspenso hasta que la condición se cumpla; y una vez que ello ocurra —en virtud de su carácter recepticio—, el deudor debe conocer que operó el cumplimiento de la condición con la finalidad de que la interpelación cobre eficacia.

Posición contraria es sostenida por Larenz[3187], quien niega validez a la interpelación condicional, y sólo admite la eficacia del requerimiento a plazo.

Criterio intermedio a los expuestos es sustentado por Von Thur[3188], quien señala que las intimaciones condicionales sólo serán válidas cuando no lleven aparejadas una inseguridad excesiva en el plazo de prestación para el deudor, de tal manera que sólo se producirá la mora cuando el deudor tenga noticias seguras de haberse realizado la condición. En síntesis, según él, si la intimación condicional deja en excesiva inseguridad al deudor, no debe reconocérsele eficacia moratoria.

Por nuestra parte, consideramos que, si la interpelación se encontrase sometida a condición suspensiva, en tanto ésta se haya formulado luego de resultar exigible la obligación, será válida y surtirá sus efectos una vez producida o verificada la condición, conforme a lo dispuesto por la segunda parte del primer párrafo del artículo 178 del Código Civil peruano.

En opinión nuestra, resulta evidente que la validez de la intimación condicionada va de la mano con la validez de la intimación sujeta a plazo suspensivo.

Por lo demás, no percibimos argumento jurídico que obstaculice la validez de la intimación a plazo o condicionada.

Desde luego que el plazo y condición a los que hemos aludido, planteados unilateralmente por el acreedor, no obligan al deudor. Se trata simplemente de

3187 Larenz, Karl. *Op. cit.*, p. 341.

3188 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 113.

prórrogas a las que el deudor puede o no acogerse, teniendo en consideración que el pago no sólo constituye una obligación del deudor, sino un derecho de éste para efectuarlo.

2.8. Funciones que cumple la interpelación

Respecto de las funciones que cumple la interpelación, la doctrina y las normas legales adoptan diferentes perspectivas.

Así, es relevante recordar lo expresado por Wayar[3189] en torno a este tema, en el sentido de que, en realidad, no es posible encontrar una única respuesta a la cuestión de determinar con claridad y certeza las funciones de la interpelación, ya que ello depende de los alcances que cada ordenamiento jurídico, según el sistema que tenga consagrado al respecto, otorgue a dicha institución jurídica.

Analizaremos las diversas posiciones existentes y formularemos nuestra opinión al respecto.

2.8.1. Ausencia de tolerancia

Un sector de la doctrina considera que la función de la interpelación radica en comunicar al deudor que el plazo de tolerancia de su retraso, conferido por el acreedor, ha terminado o que nunca se le concedió dicho plazo.

Cano[3190] sostiene que la función de la interpelación consiste en advertir al deudor que ha cesado la tolerancia respecto del retraso otorgada por el acreedor, o que tal liberalidad nunca ha sido concedida.

En esta línea de pensamiento se hallan Planiol y Ripert[3191], quienes consideran que mientras el acreedor se mantiene en silencio, puede estimarse que el retraso ocasionado no le produce perjuicio alguno y que autoriza tácitamente al deudor para la espera, de tal modo que se configura una presunción de tolerancia que resulta de la inactividad del acreedor, por lo que la interpelación cumplirá la función de destruir esa presunción.

En este sentido, Deprez[3192] afirma que por intermedio de la intimación se hace saber al deudor que el acreedor no consiente ni tolera el retraso en el cumplimiento, es decir, es una manifestación de voluntad por la que el acreedor pretende hacer cesar un estado de cosas consecutivo al incumplimiento del deudor.

3189 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 410.

3190 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 57.

3191 Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones.* Primera y segunda parte. *Op. cit.*, tomo VII, p. 76.

3192 J. Deprez, citado por Cardenal Fernández, Jesús. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones.* Madrid: Montecorvo, 1979, p. 205.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por su parte, Lafaille recuerda que el fundamento del sistema del Código Civil argentino respecto de la interpelación se halla en esta perspectiva doctrinaria, ya que se sostiene que como los efectos jurídicos de la mora son graves, y como la inacción del acreedor podría hacer creer al deudor en un término de gracia o en una falta de interés o de perjuicio por parte del titular del crédito, se justificaría la exigencia de la interpelación destinada a dar a entender al deudor la necesidad de que cumpla su prestación en un momento determinado.

Wayar[3193] considera que según esa tendencia la interpelación cumpliría la función de deshacer la presunción de tolerancia. Agrega que, en efecto, de acuerdo con una difundida enseñanza de los romanistas, si después de que la obligación se ha hecho *praesens* (exigible), el acreedor no reclama el pago, debe presumirse que concede tácitamente una prórroga a su deudor o que lo autoriza a dilatar el cumplimiento. Si no exige el pago, añade, es porque el retardo no le causa perjuicio alguno, y como nadie está obligado a hacer un sacrificio sin que sea requerido, tampoco debe considerarse que el deudor incurre en mora. Y, según dicha tesis, la presunción de que el acreedor tolera el retardo subsiste hasta una declaración de voluntad en contrario; la intimación, por lo tanto, hace desaparecer la presunción de tolerancia.

Sin embargo, Wayar anota que no cree que la interpelación cumpla la función de hacer conocer al deudor que el acreedor ya no tolera el retraso, pues considera que la presunción que le sirve de base es falsa: ¿por qué se ha de presumir que el retardo no le causa perjuicio alguno al acreedor y no lo contrario?, se pregunta el citado autor; ¿no es más lógico pensar que si se estableció un término (o plazo) de cumplimiento, es porque el acreedor quiere que la prestación se le entregue dentro de ese plazo y no después? La presunción, afirma Wayar, pudo ser cierta durante la vigencia del Derecho romano, pero no en la sociedad de nuestros días.

2.8.2. Transformar el mero retardo en mora

Existe otro sector de la doctrina que entiende que la función de la interpelación consiste en transformar el mero retardo en mora.

En este sentido, Emiliani Román[3194] considera que la mora del deudor contractual no es sólo un retardo, sino un retardo requerido. Es a partir de la interpelación que nace para el deudor la obligación de pagar al acreedor los perjuicios causados por su incumplimiento. Antes de la mora, esto es, antes del requerimiento, el deudor no está obligado sino estrictamente al cumplimiento de la obligación original, sin ninguna indemnización, aunque se haya retardado.

3193 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 411-415.
3194 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 273 y 274.

En esta línea de pensamiento se halla Jorge Joaquín Llambías[3195], quien estima que la interpelación del acreedor no es un formulismo intrascendente ni un simple ritual, sino un acto capital que configura un paso esencial en el desarrollo de la relación jurídica que vincula al acreedor con el deudor. De tal manera que, en ausencia de interpelación, el incumplimiento del deudor no es jurídicamente imputable, y aunque el acreedor experimente por ese incumplimiento algún daño, ello no le da derecho a la respectiva indemnización, porque no ha quedado todavía comprometida la responsabilidad del deudor.

Es importante anotar que los autores que defienden esta tesis se apoyan en la diferencia que existe entre el significado e implicancias del simple retardo y de la mora como situación jurídica relevante, de tal modo que el retraso, solamente una vez producida la interpelación, configurará la situación de mora, que generará como consecuencia el comienzo de la responsabilidad del deudor.

Esta tendencia es claramente criticada por la doctrina que propugna la configuración de la mora sin necesidad de requerimiento, es decir, la mora *ex re,* en la que el simple transcurso del tiempo interpela por el hombre. En tal sentido, los autores que adoptan esta tesis nos hablan de un retardo relevante porque, aun antes de la interpelación, el deudor ya se encuentra obligado a resarcir los daños causados por dicho retardo. De esta manera, el retraso culpable bastaría para responsabilizar al deudor.

Darrida —citado por Wayar— afirma que la exigencia de la constitución en mora es un atentado al principio de la reparación integral, pues permite que los daños y perjuicios solamente sean calculados sobre el daño posterior a la constitución en mora.

2.8.3. Urgir al deudor para que cumpla con la prestación

Otro sector de la doctrina, encabezado por Jean Carbonnier[3196], sostiene que el requerimiento tiene la finalidad de urgir al deudor para que cumpla la prestación y situar a éste en falta, de tal manera que se vea privado de todo pretexto o excusa fundado en la negligencia o tolerancia del acreedor.

2.8.4. Transformar la culpa del deudor incumpliente en una culpa cualificada

Cano[3197] expresa que la culpabilidad que existe en la mora, y que es imprescindible que se dé en ésta, es una culpabilidad cualificada, lo que supone la exigencia de la interpelación, entendida como un requisito objetivo que permite o impone dicha calificación.

3195 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 125-141.

3196 Carbonnier, Jean. *Derecho Civil.* Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971, tomo II, volumen II, p. 604.

3197 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 28.

De tal modo que la resistencia al cumplimiento debido por el deudor, una vez requerido éste por el acreedor, constituye una deliberada intención de no cumplir, configurándose una presunción *iuris tantum* de culpabilidad de aquél.

Al respecto, Wayar[3198] opina que es insostenible argumentar que la interpelación sirve para demostrar la culpabilidad del deudor.

Compartimos el criterio de Wayar. En efecto, su afirmación no sólo es absolutamente lógica, sino se adecua al ordenamiento jurídico peruano, ya que de acuerdo con el artículo 1329 del Código Civil, «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor». Por tal motivo, el solo incumplimiento material del deudor traerá aparejada una presunción *iuris tantum* de culpabilidad leve.

2.8.5. Probar el retardo

Existe un sector de la doctrina que considera que la interpelación cumple la función de constatar o probar el retardo.

En este sentido, Messineo[3199] entiende que la interpelación tiene la función de comprobar solemnemente el incumplimiento del deudor.

Del mismo modo, Josserand[3200] estima que la mora no es un retardo cualquiera, sino un retardo oficialmente comprobado e imputable al deudor. Por tal razón, sostiene que la función de la intimación es verificar el retardo del deudor, así como permitir acreditar que el acreedor reclama el cumplimiento de la obligación.

En esta línea de pensamiento se halla Christian Larroumet[3201], quien refiere que la utilidad de la interpelación consiste en hacer constar la inejecución de la obligación. De esta manera, la constitución en mora «probaría de manera simple y eficaz la inejecución de la obligación, la cual tiene más interés para el acreedor, ya que éste debe probar el incumplimiento».

Ubicado dentro de esta doctrina, Michele Giorgianni[3202] cree que la interpelación es necesaria únicamente en aquellos casos en que el acreedor debe participar en el cumplimiento (por ejemplo, las obligaciones pagaderas en el domicilio del deudor, etcétera) y tiene la función de demostrar que se presentó a exigir el pago.

En aquellas deudas denominadas *querables,* vale decir, en las que la iniciativa de cumplimiento no depende en exclusiva del deudor —precisa Giorgianni—, la constitución en mora tiene la función de constatar el vencimiento infructuoso

3198 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 415 y 416.

3199 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Op. cit.*, p. 337.

3200 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 496.

3201 Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato.* 2.ª edición. Bogotá: Temis, 1993, volumen II, pp. 97-99.

3202 Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 412 y 413.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mediante la prueba de que el acreedor ha pedido el cumplimiento. En cambio, cuando la iniciativa del cumplimiento depende exclusivamente del deudor (deuda *portable*), justamente la ley no exige la constitución en mora, es decir, no requiere la prueba de una actividad del acreedor. Aquí corresponderá al deudor ser la parte diligente y ofrecer el pago.

Al respecto, Wayar[3203] no acepta que la función de la interpelación constituya un medio de prueba, ya que semejante afirmación no se compadecería con el principio de libertad en la elección de las formas. Además, la intimación es un hecho que, a su vez, puede ser demostrado por cualquier medio, incluso por presunciones; no es una prueba en sí misma, sino un hecho que debe probarse.

2.8.6. Acto de cooperación del acreedor

Por último, un sector de la doctrina entiende que la función de la interpelación se traduce en un acto de cooperación del acreedor en el cumplimiento de la obligación del deudor. De dicha manera éste toma conocimiento de que aquél estará dispuesto a recibir la prestación o, en su caso, a realizar los actos necesarios de colaboración para la ejecución de la prestación.

Wayar[3204], por su parte, sostiene que el deber de cooperar no constituye una verdadera obligación a cargo del acreedor, sino sólo un deber de conducta que la buena fe negocial le impone y cuya inobservancia evita la mora del deudor.

Asimismo, conviene recordar que, en torno a la cooperación del acreedor, ya hemos expresado nuestro parecer cuando tratamos acerca de las condiciones de la interpelación.

2.8.7. Nuestra opinión

Luego de haber reseñado las principales posiciones que asume la doctrina respecto a las funciones de la interpelación, corresponde emitir opinión sobre el tema.

Para tal efecto, resulta imprescindible referirnos de manera puntual a cada una de las posibles funciones planteadas.

En lo que respecta a la manifestación de ausencia de tolerancia, estamos de acuerdo con ese parecer, en la medida en que tal como lo venimos sosteniendo a lo largo de estas páginas, consideramos que dentro del sistema general de mora por intimación que recoge el Código peruano de 1984, y conforme a los criterios que asume la doctrina que respalda esta posición, es claro que el acreedor tiene derecho a exigir el pago de lo debido inmediatamente después de vencido el plazo pactado para el cumplimiento de la obligación, o de inmediato, si no resultara del

3203 *Ibidem*, p. 416.

3204 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 414.

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

título constitutivo de la misma el establecimiento de un plazo específico, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil.

Por ello, puede afirmarse que cuando el acreedor requiere el pago al deudor, esa exigencia, que en materia moratoria no es otra cosa que el acto de interpelación, constituye una manifestación de ausencia del estado previo de tolerancia o conformidad que implicaba el no requerir el cumplimiento de la obligación.

No obstante, es preciso hacer hincapié en que esa ausencia de tolerancia tampoco debe ser vista necesariamente como una manifestación de intolerancia, ya que sólo se está exigiendo el pago de lo debido, sin quebrantarse una fluida relación entre acreedor y deudor.

La intimación solamente puede ser vista como una ausencia de tolerancia en cuanto a la espera previa, pero no en cuanto a la espera en términos absolutos, pues el acreedor que intima al deudor para que pague, precisamente esperará que dicho deudor cumpla en los días sucesivos con ejecutar la prestación debida. Esto significa que la intimación o requerimiento conlleva una segunda etapa, en la que aparece una nueva tolerancia, a través de la cual, precisamente, el acreedor esperará que dentro del plazo ya vencido el deudor cumpla con ejecutar el pago.

Y para evitar cualquier duda sobre la existencia de esta segunda tolerancia, baste con pensar que el acreedor bien podría no haber optado por el camino de constituir en mora al deudor, sino simplemente por expresarle su ausencia de interés en el cumplimiento futuro de la prestación debida, a la par que su voluntad de resolver el contrato.

En lo que respecta al criterio de que la interpelación tiene la función de transformar el mero retardo en mora, creemos que resulta evidente la validez de dicha afirmación, pues como ha sido expresado al iniciar nuestro análisis de la mora, no todo retardo en la ejecución de una prestación implica hallarse en situación de mora, ya que resultará fundamental que se configure la interpelación, en caso de no poder aplicarse ninguno de los cuatro supuestos de mora automática previstos por el artículo 1333 del Código Civil, ni encontrarnos dentro de los casos que, como regla general de mora automática, establece el Código de Comercio.

También convenimos con la posición que sostiene que una de las funciones de la interpelación es la de urgir al deudor para que cumpla con la prestación debida.

Entendemos que el requerimiento de pago, en términos generales, implica la manifestación de voluntad del acreedor para que el deudor cumpla inmediatamente con la prestación debida.

Es verdad que no en todos los casos en los que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación necesitará que se le pague con urgencia. Bien podría ocurrir, en efecto, que el acreedor reclame el pago, pero que éste no le urja dada su situación económica o financiera.

GRIJLEY PROHIBIDO SU VENTA

Sin embargo, estas hipótesis escapan al ámbito de lo que debemos entender por interpelación, ya que sólo configuran situaciones personales del acreedor, que a efectos de la constitución en mora carecen de relevancia jurídica.

También hemos anotado otra posición doctrinaria según la cual una de las funciones de la interpelación es que a través de ella se transforma la culpa del deudor incumpliente en una culpa cualificada.

En realidad, el hecho generador del incumplimiento puede haber obedecido a causa no imputable al deudor o a causa imputable, como sería en este último caso si ella se origina por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Como expresamos al desarrollar esta posición, la propia ley peruana presume que el incumplimiento de una obligación obedece a culpa leve del deudor. Pero se trata de una presunción relativa que el deudor puede destruir, si demuestra que incumplió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o si prueba que su incumplimiento obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor.

También es evidente, y lo hemos dicho en su oportunidad, que el acreedor perjudicado por el incumplimiento podría agravar la responsabilidad del deudor, si demuestra que la ausencia de pago obedeció a dolo o culpa inexcusable.

Sin embargo, no es exacto que a través de la interpelación se agrave la causa por la cual el deudor ha dejado de cumplir con la obligación, si esa causa le es imputable, pues si el deudor ha incumplido por dolo, luego de la interpelación se mantendrá el dolo como causa de incumplimiento; si el deudor hubiera incumplido por culpa inexcusable, se mantendrá la culpa inexcusable como causa del incumplimiento; y si el deudor hubiera incumplido por culpa leve, se mantendrá la culpa leve como causa del incumplimiento.

Por ello, la interpelación no origina imputabilidad ni otorga una calidad especial a la culpa o al dolo, ni produce transformación alguna de estas circunstancias imputables.

La interpelación, cuando corresponda, sólo será necesaria para que se generen determinados efectos propios de la situación moratoria, los que no determinarán una transformación cualitativa de la causa imputable.

Luego, hemos señalado que la doctrina estima que la interpelación tiene dentro de sus funciones la de probar el retardo.

Dicha afirmación resulta discutible, en la medida en que el retardo o ausencia de cumplimiento oportuno en el pago podría demostrarse por cualquier medio probatorio, siguiendo el principio de que quien alegue un hecho debe probarlo; y si el deudor alegase ausencia de retardo, será a él a quien corresponda acreditarlo.

Por otra parte, la interpelación no garantiza, por sí misma, que exista retraso en el cumplimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ejemplo, podríamos encontrarnos ante una interpelación efectuada antes del vencimiento del plazo establecido para el cumplimiento de la obligación. Resultaría obvio, en este caso, que a pesar de haber interpelación no habría mora.

Lo propio ocurriría si un acreedor interpelase a su deudor exigiéndole el pago, no obstante que éste ya hubiera ejecutado la prestación debida de manera idónea.

De lo expresado podemos afirmar, entonces, que no es función propia de la interpelación probar el retardo en el cumplimiento. Si ella lo acredita, obedecerá a circunstancias colaterales, pero no a su naturaleza.

Finalmente, respecto a la interpelación como acto de cooperación del acreedor, remitimos al lector, como ya lo expresamos, a lo expuesto cuando analizamos las condiciones de la interpelación.

Se observa, en suma, que la interpelación cumple funciones polivalentes, que son las que hemos acogido.

2.9. Forma y prueba de la interpelación

2.9.1. Formas de manifestar la voluntad interpelatoria. Consideraciones generales

Cano[3205] refiere que la forma, en su sistema positivo, es un simple instrumento de constatación, exigido por el principio de seguridad jurídica. Por tal razón, en lo atinente a la forma de la interpelación, debe afirmarse que ésta se rige por el principio de libertad de forma, siempre que reúna las condiciones mínimas que permitan la identificación de los sujetos (interpelante e interpelado), del objeto (clase, cuantía e individualización de la deuda) y de la intención (cesación de la tolerancia). Además, para mayor seguridad, deberá dirigirse la interpelación al lugar que se pacta como de cumplimiento de la obligación y, en su defecto, al domicilio del deudor.

Agrega el autor citado que dicha libertad de forma de la interpelación permite que ésta pueda efectuarse judicial o extrajudicialmente, en su caso, a través de constancia notarial, por escrito o de cualquier otra manera, siempre que conste haberla hecho.

En esta línea de pensamiento se encuentra Wayar[3206], quien sostiene que la interpelación se puede manifestar bajo cualquier forma, es decir, por escrito, verbalmente (incluso por teléfono) o por signos inequívocos con referencia a determinados objetos. Por tal razón, Wayar afirma que en este tema domina, sin restricciones, el principio de libertad en la elección de las formas.

3205 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 61-66.

3206 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 392 y 393.

De esta manera —según el citado profesor— no importa tanto la forma en que la voluntad se manifieste, como el contenido de aquella voluntad. En su opinión, cualquier forma que el acreedor utilice para exteriorizar su voluntad tendrá eficacia interpelatoria, siempre que ella comporte una exigencia categórica y coercitiva de cumplimiento.

Además, el acreedor dispone de medios judiciales y extrajudiciales para desencadenar la mora del deudor.

Siguiendo esta tesis argumentativa se encuentra Mariano Gagliardo[3207], quien afirma que la interpelación no está sujeta a formalidad alguna, pudiendo ser hecha en forma verbal o por escrito, exigiéndose sólo una manifestación expresa, positiva, categórica, concluyente e inequívoca, coercitiva y no declarativa del acreedor, tendiente a la obtención del cumplimiento de la prestación debida.

De otro lado, Cano[3208] sostiene que respecto a esta figura rige el principio de libertad de forma, siempre que ésta reúna las condiciones mínimas que permitan la identificación de los sujetos (interpelante e interpelado), del objeto (clase, cuantía e individualización de la deuda) y de la intención (cesación de la tolerancia).

De acuerdo con las opiniones expuestas, se puede concluir que la posición mayoritaria de la doctrina, considera que la interpelación se debe regir por el principio de libertad de forma, siempre que ella contenga una exigencia indubitable de cumplimiento.

Sin embargo, encontramos una tesis contraria a la postura de la doctrina predominante, sostenida por Larroumet[3209], quien refiere que en la legislación de su país —Francia— se concibe a la interpelación como un acto solemne que supone la intervención de un notificador, razón por la cual el artículo 1139 del Código Civil francés dispone que la intimación, como regla general, se somete a las exigencias de una forma solemne e inclusive judicial, descartándose el principio de libertad de forma que rige en otros ordenamientos jurídicos.

Agrega el citado autor que la ley, en ciertos casos, se muestra menos exigente, ergo que se contenta con una carta notarial. En realidad, se trata de disposiciones especiales que introducen excepciones a la regla general prevista por el artículo 1139 del mencionado Código Civil.

Es pertinente destacar que, no obstante la existencia del principio general, Larroumet reconoce que la jurisprudencia de su país ha interpretado el artículo citado como si fuera una norma dispositiva. Por lo tanto, sin exonerar al acreedor de constituir al deudor en mora, algunas decisiones han admitido que los contratantes

3207 Gagliardo, Mariano. *Op. cit.*, pp. 24-26.

3208 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, p. 61.

3209 Larroumet, Christian. *Op. cit.*, volumen II, pp. 97-99.

pueden hacer flexibles las formas de la constitución en mora, previendo una carta notarial o inclusive una carta misiva u ordinaria.

En este sentido, se argumenta que si es posible exceptuar la necesidad de la constitución en mora, entonces *a fortiori* debe ser posible exceptuar las formas que preceptúa el artículo 1139 del Código Napoleón. De esta manera, como las formalidades de la norma mencionada no son imperativas, a decir de la jurisprudencia, es preciso admitir también los usos contrarios.

Larroumet señala, por lo tanto, que en su opinión la jurisprudencia interpreta que el artículo 1139 del Código francés consagra formas *ad probationem* y no *ad solemnitaten*. De allí resulta que cuando la prueba de la interpelación no es dudosa y se puede dar por escrito en forma distinta de las formalidades del artículo 1139; éstas no son necesarias.

Consideramos, de acuerdo con lo expresado por Larroumet, que en el ordenamiento jurídico francés no existe consenso en lo referente a la determinación de formas específicas que debe cumplir la interpelación, observándose una falta de concordancia entre lo establecido por la ley (artículo 1139 del Código Civil) y el criterio de la jurisprudencia.

Respecto al ordenamiento jurídico peruano, en él impera el principio de la libertad de forma en la interpelación. Ello se desprende de la lectura del artículo 1333 del Código Civil y del análisis de las normas sobre mora, pues para constituir en mora al deudor el acreedor deberá exigirle, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, no requiriendo una forma específica.

Esto, naturalmente, sin perjuicio de lo expresado con relación a los domicilios establecidos en el contrato para que las partes se dirijan las comunicaciones que consideren deban formular[3210].

Corresponde ahora ocuparnos de los medios a través de los cuales el acreedor puede constituir en mora al deudor.

2.9.2. La constitución en mora por requerimiento judicial

Respecto de la interpelación judicial, Cano[3211] considera que han surgido dudas y se han planteado problemas; unas veces debido a la reiterada tendencia de la doctrina jurisprudencial a no distinguir entre requerimiento e intimación; otras, causados por la especial configuración de las obligaciones aún no vencidas, no exigibles o ilíquidas.

Añade el citado autor que en relación con las obligaciones vencidas, líquidas y exigibles, se presentan dos tesis opuestas: la que entiende que la interpelación

3210 Texto correspondiente a la tercera edición.

3211 Cano, José Ignacio. *Op. cit.*, pp. 64-66.

judicial, suficiente para poner en mora al deudor, se produce desde la fecha de la presentación de la demanda por el acreedor insatisfecho; y la que considera que tal fecha debe ser aquélla en la que se contesta a ésta.

Según Cano, en lo referente a las obligaciones que de alguna manera o por alguna causa todavía no son exigibles, el requerimiento —se haga o no judicialmente— no puede tener efectividad hasta que se conozca de manera exacta el monto de lo adeudado y sea clara su exigibilidad. Mientras tanto habrá de esperar y estar a lo establecido por la sentencia firme.

Por su parte, Wayar[3212] considera que, en rasgos generales, «El requerimiento judicial con eficacia moratoria se verifica mediante la notificación al deudor de cualquier pretensión, deducida por el acreedor ante un órgano judicial, por la cual exija inequívocamente el cumplimiento de la prestación».

La pretensión del acreedor —afirma el autor citado— podrá ser canalizada por vía de demanda (o reconvención) ordinaria, sumaria o ejecutiva, o durante el curso de un proceso ya iniciado, es decir, que cualquier acto en un procedimiento judicial que comprenda la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento, debidamente notificado al deudor, vale como requerimiento judicial y es apto para provocar la mora del deudor. Según Wayar, de esta manera lo destaca toda la doctrina y lo acepta pacíficamente la jurisprudencia[3213].

Wayar agrega que si bien es cierto que a efectos de la constitución en mora no existe requerimiento mejor, más seguro e inequívoco que el de los procedimientos judiciales, es menester que el acreedor, al formular esa petición, manifieste su voluntad directa y categórica de exigir el cumplimiento.

Por su parte, Rosendo Badani[3214] sostiene que la exigencia judicial contenida en la demanda que el acreedor interpone ante el juez para el cumplimiento de la obligación, es la más perentoria declaración que puede hacer el acreedor de querer ser pagado y, por consiguiente, desde el momento en que se le cita con la demanda queda el deudor constituido en mora. Pero —se cuestiona el citado autor— ¿qué

3212 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 393-397.

3213 En este sentido, encontramos que Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 138 y 139) coincide con la definición de interpelación judicial expuesta por Ernesto Wayar, ya que aquél considera que el requerimiento judicial es el reclamo de pago que se hace por intermedio de la justicia, sea una demanda ordinaria o ejecutiva, o cualquier acto de procedimiento que implique la voluntad actual de exigir el cumplimiento de la obligación. El requerimiento judicial —según Llambías— se perfecciona por la notificación. No basta, pues, la sola presentación de un escrito ante los tribunales, pues aquí lo que importa no es tanto manifestar la diligencia del acreedor, cuanto despertar la atención del deudor. Por lo mismo, que la interpelación es una declaración de voluntad recepticia no queda perfeccionado hasta que no se la lleve a conocimiento del deudor mediante una notificación.
Lo expuesto, a juicio nuestro, es plenamente aplicable al Derecho peruano.

3214 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 124.

sucederá si la demanda es nula o se interpone ante juez incompetente? ¿Servirá siempre este acto para constituir en mora al deudor?

Como lo esencial en este caso es llevar a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento sin más dilación, aunque la demanda quedase como no interpuesta a efectos del juicio, siempre serviría como intimación, quedando el deudor constituido en mora, a menos que se omitieran elementos necesarios para la intimación, como sería, por ejemplo, la determinación de la cosa debida.

Respecto de este tema, Giorgi, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, y Castañeda[3215] recuerdan que la notificación con la demanda, aunque adolezca de nulidad, produce el efecto de constituir en mora al deudor, salvo que conste que el demandado no se instruyó de la notificación. La razón fundamental que respalda esta afirmación es que la notificación judicial llevará a conocimiento del deudor la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación, reuniendo, en todo caso, los caracteres de una interpelación extrajudicial capaz de constituir en mora.

En esta línea de pensamiento se encuentra Llambías[3216], quien sostiene que realizada la notificación al deudor, la interpelación es eficaz aunque la demanda sea nula por vicios de forma, o haya sido entablada ante juez incompetente, o sea luego desistida para entablar nuevo juicio, lo cual se explica porque en todas esas hipótesis está patente la voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento[3217].

Héctor Lafaille concuerda con la posición anotada al estimar que aquella demanda presentada ante un juez incompetente o aquella otra que fuere nula por vicios de forma, en tanto contenga la manifestación de voluntad del acreedor de exigir la ejecución de su prestación al deudor y ser notificada a éste, tendrá los efectos de una interpelación, a pesar de no revestir el carácter de una demanda en el sentido técnico de la palabra.

Debemos señalar que todo lo expresado con respecto a la constitución judicial en mora es sin perjuicio de nuestras consideraciones, señaladas anteriormente, acerca de la conciliación y la constitución en mora[3218].

3215 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen II, p. 101; Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Op. cit.*, p. 349; Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 212.

3216 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 138 y 139.

3217 Wayar (Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 396) coincide con la apreciación de Llambías, pues opina que el requerimiento judicial tiene plena eficacia desde la notificación al demandado, aunque se hubiera interpuesto ante juez incompetente o resultara posteriormente nula por vicios de forma, o sea, desistida por el actor con el propósito de entablar nuevo juicio.

3218 Texto correspondiente a la tercera edición.

2.9.2.1. ¿La notificación de la resolución que ordena trabar embargo preventivo y otras medidas cautelares constituyen al deudor en mora?

Llambías[3219] sostiene que la notificación del auto que resuelve trabar medidas precautorias con carácter preventivo no tiene, por sí sola, capacidad para producir la mora del deudor. Para esto será necesario que se verifique con posterioridad la demanda principal, ya que quien pide —en un primer momento— un embargo, está implícitamente exigiendo el pago, pero es obvio que el acreedor carece de voluntad actual, es decir, sólo busca asegurar o garantizar su crédito, pero no está exigiendo el pago. En cambio, cuando éste interponga la demanda principal —en un segundo momento— recién estará exigiendo directamente la realización del pago, con lo que habrá constituido en mora al deudor.

Wayar[3220] refiere que la carencia de voluntad actual se pone en evidencia cuando el embargo se solicita para garantizar créditos aún no exigibles —por encontrarse pendiente de cumplimiento una condición suspensiva o un plazo, etcétera—, lo que es posible de acuerdo con los mecanismos procesales.

Agrega el citado autor que la cuestión es distinta cuando el embargo va precedido de una intimación de pago y citación de remate, como sucede en los juicios ejecutivos. Esto supone el ejercicio de una acción ejecutiva que es, por esencia, una exigencia de pago. De esta manera, se comprende que la mora se produce no en razón de la petición de embargo, sino del ejercicio de la acción ejecutiva.

2.9.2.2. ¿Desde cuándo se computan los efectos del requerimiento judicial?

Wayar[3221] refiere que la doctrina es de opinión unánime respecto a que los efectos del procedimiento judicial se producen a partir de la notificación al demandado o desde el «diligenciamiento de la intimación del pago (mandamiento), en los juicios ejecutivos», como consecuencia del carácter recepticio que debe tener la declaración de voluntad del acreedor. Esto equivale a decir que no basta la sola presentación de la demanda o del escrito pertinente ante el juez, si aquélla no llega a conocimiento del deudor.

Convenimos plenamente con este parecer y sus fundamentos.

Reiteramos que todo lo expresado con respecto a la constitución judicial en mora es sin perjuicio de nuestras consideraciones, señaladas anteriormente, acerca de la conciliación y la constitución en mora[3222].

3219 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 140.
3220 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 394 y 395.
3221 *Ibidem*, pp. 395 y 396.
3222 Texto correspondiente a la tercera edición.

2.9.2.3. La perención de instancia no perjudica ni anula el efecto moratorio de la notificación de la demanda

Como es sabido, luego de notificada la demanda puede producirse la perención de la instancia por inactividad del actor.

En torno de esta idea los autores discrepan, en el sentido de que algunos consideran que esto desvanecería el efecto interpelatorio de la notificación de la demanda[3223]; en tanto otros[3224] estiman que la perención sólo produce efectos procesales, sin alterar los derechos de fondo; por lo tanto, la mora producida por la comunicación de la voluntad del acreedor no quedaría invalidada por el posterior decaimiento del medio —la instancia judicial— empleado para transmitir esa comunicación al deudor; aun careciendo de valor como requerimiento judicial, siempre serviría como requerimiento extrajudicial.

Nos inclinamos por la segunda de las posiciones anotadas, al considerarse que si bien el abandono de instancia podría constituir una manifestación de voluntad, por omisión, en virtud de la cual se estaría poniendo de manifiesto una falta de interés en continuar con el proceso judicial, o incluso representar la sobreviniente ausencia de voluntad de cobro de la deuda, tal eventualidad no enervaría, ni mucho menos desaparecería, los efectos de la notificación con la demanda, acto inicial en el que se encontraba plenamente vigente la voluntad de cobro de la deuda y que, como tal, produjo la constitución en mora del deudor.

La perención o abandono de instancia no determina, en nuestra opinión, que cese la situación de mora del deudor.

2.9.3. Formas extrajudiciales de constitución en mora

Como se ha expresado oportunamente, salvo que en el contrato haya sido previsto algo diferente, en la interpelación rige el principio de libertad de forma, por lo que aquella puede verificarse sin la intervención de la autoridad judicial.

Héctor Lafaille[3225] considera que cuando la interpelación se produce extrajudicialmente, nos encontramos con mayor elasticidad en las formas, ya que puede utilizarse un notario, la correspondencia —por cualquiera de los medios conocidos—, o incluso, hasta hacerlo de una manera verbal.

En teoría —dice Lafaille— todos estos recursos serían eficaces; pero si el hecho fuese negado en juicio, las dificultades sobre la prueba se tornarían a veces insuperables. Por ello, estima que debe recomendarse un sistema que permita demostrar en su caso, la existencia del hecho, tanto como la fecha en que él se produjo, detalle indispensable para fijar el punto de partida de los efectos.

3223 Entre estos autores se halla Galli (Galli en Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 106).
3224 Como Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 141.
3225 Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 161.

Según el citado autor, esto se logra con la actuación notarial, ya con un telegrama, que aparte de conservar copia de la exigencia del acreedor deja también constancia de que fue recibido por el destinatario.

Por su parte, Llambías[3226] entiende por requerimiento extrajudicial a la exigencia de cumplimiento de la obligación que se efectúa sin intervención de la autoridad judicial. Indica, asimismo, que puede realizarse bajo cualquier forma, sea por telegrama, por teléfono, verbalmente o por carta. En la elección del modo de transmisión de la exigencia de pago al deudor no hay limitación alguna. Sólo juega una posible dificultad de prueba que hace aconsejable recurrir a medios que dejen rastros que permitan después comprobar en juicio el hecho, en caso de ser negado por el deudor, como sería la intervención especial de un notario.

Wayar[3227] comparte las posiciones expresadas, en el sentido de que el requerimiento también puede verificarse sin intervención de la autoridad judicial, pues rige al respecto el principio de libertad en la elección de las formas.

Recuerda que en el pasado se sostuvo que la intimación extrajudicial, para ser eficaz, tenía que ser formulada por escrito. Así lo enseñaba Giorgi y una calificada escuela francesa. Hoy esta postura está definitivamente sepultada.

Refiere que nadie duda de que el acreedor está facultado para reclamar el cumplimiento utilizando la forma escrita o hablada. Señala que una rotunda demostración de lo afirmado resulta de la doctrina jurisprudencial. Reiteradamente se ha resuelto que es válida la interpelación efectuada verbalmente, por teléfono, por carta y, con mayor razón, por telegrama o por acta notarial.

Mariano Gagliardo[3228], a su turno, expresa que la intimación extrajudicial no requiere fórmulas solemnes o sacramentales no impuestas por la ley.

Agrega —coincidiendo con los autores citados— que puede recurrirse a cualquier medio, aun a la intimación verbal o telefónica, no obstante lo cual, por el hecho de no ser éstas fehacientes, pueden motivar una seria y severa dificultad probatoria. Por lo que en su concepto la única vía que brinda absoluta certeza es el acta notarial, donde se constata el requerimiento de pago, o bien la carta notarial con aviso de entrega, que constituyen instrumentos públicos que hacen plena fe de los hechos cumplidos o pasados.

Añade dicho autor que la carta simple, certificada o con aviso de retorno, con la sola intervención del acreedor, prueba la recepción mas no su contenido.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra tanto la forma judicial como extrajudicial de requerimiento. Así, recordamos que el primer párrafo del artículo 1333

3226 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 139 y 140.
3227 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 397 y 398.
3228 Gagliardo, Mariano. *Op. cit.*, pp. 26 y 27.

del Código Civil expresa lo siguiente: «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación», entendiéndose que lo que la ley persigue es que el deudor conozca de manera indubitable la interpelación de pago realizada por el acreedor, para lo cual es aconsejable que la extrajudicial se efectúe de tal modo que pueda demostrarse fácilmente su realización.

En esa línea, es pertinente señalar que a través del Expediente n.° 5637-2006-PA/TC, en sentencia de fecha 12 de abril de 2007, el Tribunal Constitucional determinó que, «Las cartas que buscan el pago de la deuda y son de carácter intimidatorio atentan contra el derecho al honor de la persona. 5. Partiendo de esta premisa, ha establecido que, tratándose del requerimiento de pagos efectuados por entidades privadas encargadas al efecto, deben efectuarse con escrupuloso respeto de las condiciones que para tal fin establecen las respectivas normas jurídicas. Si se procede de modo contrario, se habrá producido una lesión del derecho fundamental al honor. 7. Se advierte que la empresa de cobranza ha remitido al recurrente una carta [...] en cuyo texto establecía lo siguiente: "Hacemos de su conocimiento que teniendo un proceso en curso y al no haber atendido los diversos requerimientos que se le han realizado por nuestra parte, daremos por iniciadas las medidas cautelares que nos franquea la ley (embargo y secuestro de bienes) en el domicilio consignado en la referencia", es decir, en el del demandante. El mismo documento presenta una inscripción de sello ostensiblemente aparente cuyo texto es el siguiente: "Urgente. Aviso previo a ejecución judicial". 8. Se puede establecer que las medidas cautelares a que hace referencia serán aplicadas sin autorización de la autoridad judicial y se efectuarán sin aún haberlas solicitado. Asimismo, de la inscripción de sello transcrita, se infiere evidentemente que las medidas cautelares (embargo y secuestro) se realizarán inmediatamente en el tiempo, luego de la comunicación de la carta. 9. Si bien la comunicación pone en conocimiento del demandante que tiene un proceso judicial en curso, no señala que el juez haya autorizado aquellas medidas cautelares que refiere se ejecutarán, por lo que la empresa de cobranza se está atribuyendo funciones que le corresponden a la autoridad judicial. En la carta la empresa de cobranza debió informar que, de continuar con el incumplimiento del pago, solicitaría al juez correspondiente la aplicación de las medidas cautelares a que hace referencia, pues como ya se refirió en párrafos precedentes, esta es potestad de la autoridad judicial y no de la empresa de cobranza; sin embargo, se omite tal indicación».[3229]

De otro lado, debemos reiterar que hoy en día abundan los medios a través de los cuales se puede interpelar. Como es sabido, la contratación contemporánea se produce a través del empleo de los más diversos medios de comunicación[3230].

3229 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 1005. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3230 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ello no significa que se haya dejado de contratar directa o personalmente, sino que a los medios o vías tradicionales se han agregado otros a los cuales las personas confían sus relaciones personales y comerciales.

Es evidente que los medios a los que recurren las partes para contratar son, en muchos casos, los mismos a los que acuden para constituir en mora a su contraparte.

En tal sentido, vamos a efectuar un repaso sobre los medios relativamente novedosos que desde el siglo pasado constituyen vías usuales de contratación y de constitución en mora.

Como se sabe, es frecuente contratar por teléfono. El teléfono, a pesar de su antigüedad, resulta uno de los más eficaces medios de comunicación, pues a diferencia de otros, permite a las personas comunicarse inmediatamente y escuchar en forma recíproca sus voces, sin más dilación que lo que demora la velocidad de transmisión de la señal.

En este sentido, así como las personas contratan por teléfono, también es usual constituir por este medio en mora.

Cabe la posibilidad, desde luego, que pueda efectuarse una comunicación telefónica dejando un mensaje en la contestadora automática de llamadas, lo que equivale a decir que es posible constituir en mora dejando la intimación grabada en el receptor del deudor.

A partir de la década de 1980, se produjo en el Perú un crecimiento muy importante en lo concerniente a comunicaciones escritas por medio de equipos reproductores de imágenes a distancia, llamados *fax* o facsímiles.

Se puede decir que hasta antes de la aparición del Internet, la contratación por *fax* y subsecuente constitución en mora a través de este medio, se convirtió en una vía de uso frecuente.

Incluso, luego de la aparición del Internet, la utilización del *fax/modem* permitió dar un gran salto informático vía Internet, ya que él, además de transmitir datos, hizo posible enviar y recibir transmisiones de *fax*, directamente desde una computadora, ahorrando tiempo, papel y molestias.

De esta forma, en lugar de imprimir primero un documento y enviarlo luego por *fax*, se podría remitir una copia electrónica directamente.

Sin duda, este medio se convirtió en uno de carácter muy eficaz para los requerimientos intimatorios. Incluso, el *fax/modem* empezó a permitir la constitución en mora de carácter masivo, ya que un mismo acreedor puede, a través de este medio de comunicación, enviar un documento intimatorio a una multiplicidad de deudores, tan fácilmente como lo podría hacer con respecto a uno solo, y estos deudores recibirán una copia incluso más clara que la original, aunque sólo cuenten con un *fax* convencional.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La utilidad del *fax* como medio de comunicación e intimación moratoria se basaba fundamentalmente en la posibilidad de transmitir, a través de la línea telefónica, reproducciones literales de cualquier documento escrito, en cualquier superficie de papel o similares. En este sentido, la fidelidad del contenido del documento intimatorio resultará protegida por el medio empleado.

Por otra parte, antes teníamos la posibilidad de constituir en mora a través del *beeper* o sistema busca personas.

Previo a la difusión y perfeccionamiento sofisticado de la telefonía celular, el sistema busca personas constituyó un medio sumamente eficaz para las comunicaciones. Como sabemos, consistía en un sistema a través del cual el interesado en contar con el servicio se abonaba a una empresa que lo brinde, y con la utilización de un pequeño aparato receptor *(beeper),* se le enviaban todos los mensajes que reciba en su respectivo número de abonado de la central.

Resulta evidente que, dentro de los mensajes que las personas podían dejar en una central de sistema busca-personas, estaban eventuales constituciones en mora, motivo por el cual esta comunicación resultaba relevante para el tema que nos ocupa.

De otro lado, tenemos en materia contractual y de comunicaciones informáticas, a las relaciones jurídicas entabladas con la intermediación de computadores programados algorítmicamente para realizar determinados actos.

Como sabemos, la algoritmia es la ciencia del cálculo aritmético y algebraico. Es la teoría de los números. Algorítmico es lo perteneciente o lo relativo al algoritmo. En tanto que algoritmo es el conjunto ordenado y finito de operaciones que permiten hallar la solución de un problema.

Éste es el caso de las máquinas de expendio automático de bienes o servicios.

Dentro de las máquinas de servicio automático tenemos a los teléfonos públicos *(especie casi en extinción)*[3231], sean accionados por tarjeta o por monedas. En estos casos, la computadora es capaz, incluso, de leer cuánto queda disponible para el uso de la respectiva tarjeta o contar las monedas y dar vueltos.

Aquí también se ubican las tragamonedas de los casinos o casas de juego, a través de las cuales se celebran los denominados contratos de juego o apuesta.

Tanto las máquinas de expendio de bienes como aquéllas de servicios, actúan de acuerdo a lo programado y no se encuentran conectadas, necesariamente, a alguna red.

De otro lado, es sabido que en la actualidad se pueden entablar relaciones jurídicas a través de computadores que funcionen como dos terminales conectados

3231 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

entre sí, caso en el cual la comunicación se realizará por una línea de teléfono, o por una red de comunicaciones telemática, frente a la cual se encuentran una o más personas.

En materia de conexión entre computadores existen varias alternativas.

Una de ellas puede ser a través de una línea de punto a punto. En este sentido, la comunicación variará según la forma de su recepción, pudiéndose presentar dos supuestos. El primero es que la comunicación sea recibida por un operador, en tanto el segundo es que un operador se comunique con un banco de datos, vale decir, que su declaración de voluntad no sea recibida por otro operador, sino que se encuentre con información estructurada algorítmicamente, de tal forma que él mismo pueda encontrar lo que necesita.

En el primero de esos supuestos, esto es, cuando la comunicación es recibida por un operador, estamos en presencia de dos terminales con un operador en cada uno de ellos.

Para poder realizar una comunicación de este tipo es necesaria la utilización de sendos *modem*. El *modem* es un dispositivo que adapta una terminal o computador a una línea telefónica, convirtiendo las pulsaciones digitales del computador en audiofrecuencias y luego vuelve a convertir éstas en pulsaciones en el lado receptor.

Cada computadora debe tener un *modem* (dentro o adjunto y conectado), y cada *modem* tiene que estar conectado a la línea telefónica.

En este caso cabe, incluso, algunos supuestos diversos, como que ambas partes hablen por teléfono, hipótesis según la cual las partes pueden convenir en que cada una marque una opción en su respectiva computadora para que conversen entre sí.

Al inicio de la operación lo normal es que una hable y la otra escuche, es decir, que cuando empiezan a conversar las computadoras con el auxilio de los *modem*, una debe ser la que llama y otra la que contesta, pero luego las dos hablan a la vez.

Debe mencionarse que existe un procedimiento estándar inicial para que la línea esté conectada. Nos referimos a un protocolo de comunicaciones, destinado a que las computadoras den acceso al usuario para que pueda hacer lo que desee.

Es evidente que dentro de esta comunicación computarizada, una de las partes podría enviar a la otra un mensaje de intimación o constitución en mora.

Otro de los casos en que la comunicación es recibida por un operador, es aquel en el cual las dos computadoras se encuentren permanentemente prendidas y esperando cualquier señal. En alguno de los dos puntos alguien desea algo y activa el programa para que la computadora llame y ésta lo hace sola.

Debemos mencionar, a manera ilustrativa, que en nuestro sistema telefónico se pasa por una línea pública conmutada (es decir, que se pueden usar para

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la comunicación diferentes caminos en distintos momentos, haciendo uso de los pares de líneas disponibles), la que se usa en el instante en que se necesite.

Pero también se puede alquilar o comprar un circuito dedicado o especial. Este circuito será exclusivo. Nadie más lo podrá utilizar, y siempre estará listo para su uso. Se podría decir, a manera ilustrativa, que en la central telefónica se «unen dos cables», a efectos de hacer viable esta comunicación.

Las comunicaciones punto a punto son aquéllas que se realizan entre dos lugares conectados por línea telefónica, pudiéndose dar a través de línea conmutada o a través de circuito dedicado o especial.

La comunicación multipunto es aquélla que incluye varios puntos a la vez. Una computadora puede ser el centro y permitir que los usuarios se comuniquen con ella para enviarse mensajes entre sí. Como es obvio, esta situación no es necesaria para la comunicación entre las partes, ya que la misma podría producirse directamente. En la práctica podría haber multipunto con un *modem* que actúe como vínculo; pero lo normal es que este procedimiento se utilice para que varias computadoras se comuniquen entre sí, como ocurre en las redes de los bancos.

En el segundo supuesto citado, o sea, cuando un operador se comunica con un banco de datos, es decir, que su declaración de voluntad no es recibida por otro operador, sino que se encuentra estructurada algorítmicamente de tal forma que él mismo puede encontrar lo que necesita, también podemos pensar en supuestos de constitución en mora, y éste será uno de aquellos casos en los cuales una persona constituya en mora a otra, pero no comunicándose directamente con ésta, sino haciendo llegar la intimación a través del mecanismo estructurado algorítmicamente por el eventual deudor incumpliente.

Pero, más allá de lo anotado, resulta claro que no será posible constituir en mora si dentro de las funciones de la programación algorítmica no se encuentra una en donde resulte factible procesar la información del requerimiento de pago.

Otra alternativa de conexión entre computadores es aquella que se produce a través de la red InterLan. Este servicio está destinado a satisfacer las necesidades de transmisión de datos del sector empresarial.

Se trata de un servicio de transmisión de datos basado en el protocolo Frame Relay, que permite la conexión de redes de área local (LAN) de una empresa, utilizando circuitos virtuales permanentes (CVP) que emulan a circuitos digitales dedicados, los cuales permiten interconectar las diversas sedes de las empresas entre sí, con un considerable ahorro en equipos terminales de usuario y en el empleo de recursos de red.

El InterLan tiene una gran capacidad de tráfico y puede cursar grandes volúmenes de información (textos, gráficos, sonido y video) debido a la eficiente utilización de su ancho de banda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de esta vía de comunicación moderna, también resulta factible constituir en mora a la contraparte.

En adición a lo expresado, tenemos a las comunicaciones entabladas por correo electrónico.

Como sabemos, el Internet conecta a computadores *(incluidos, naturalmente, los teléfonos móviles)*[3232] en todo el planeta, siendo un medio de acceso al mundo, constituyéndose en el conducto para acceder a un fondo mundial con los recursos y conocimientos de millones de personas. Genéricamente hablando, se trata de un conjunto de redes unidas.

Para acceder al Internet, el interesado debe conectarse a un proveedor de Internet, empresa que se establece como puente entre los usuarios finales y la red Internet; a no ser que la persona tenga acceso a través de alguna organización gubernamental, científica o universitaria, que suelen ser gratuitas y que, de hecho, fueron uno de los pilares de la creación de Internet.

El correo electrónico o *e-mail* implica que cada uno de los cientos de millones de usuarios de Internet está identificado con una dirección de correo electrónico. Para enviar el correo, basta con escribir el texto mediante el programa adecuado, e indicar la dirección del destinatario. Resulta evidente que el correo electrónico y su empleo a través del Internet, representa en nuestros días uno de los modos más eficaces de comunicación a distancia y una forma que puede utilizarse para constituir en mora.

De otro lado, tenemos a la mensajería instantánea, medio electrónico utilizado cada vez con mayor frecuencia a través de los usuarios del Internet. Estos programas permiten tener comunicación en tiempo real entre dos o más personas, ya sea a través de mensajes escritos o audiovisuales. Algunos de los más utilizados hoy en día son *WhatsApp y Telegram*[3233], entre otros. Consideramos que a través de estos medios también es posible y válido constituir en mora a una o varias personas.

Finalmente, queremos hacer mención a las denominadas «redes sociales», fenómeno cibernético que en *las últimas décadas* ha revolucionado el ciberespacio. Las redes sociales son estructuras sociales compuestas por grupos de personas que se encuentran conectadas por uno o varios tipos de relaciones como amistad, parentesco, intereses comunes, etcétera. Estas redes, según su naturaleza, funcionan de diversa manera. Hoy en día *la más representativa es X (antes llamada Twitter)*. Así, según utilicemos una u otra red, creemos que resultaría perfectamente viable constituir en mora a una persona[3234].

3232 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.
3233 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.
3234 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

2.9.4. Prueba de la interpelación

Wayar[3235], al ocuparse de la prueba de la interpelación, señala que si bien el acreedor puede acudir a cualquier forma para manifestar su voluntad, cuando utiliza la forma no escrita corre el riesgo de no poder demostrarlo, sobre todo, porque no sólo debe probar la existencia de la declaración, sino también su contenido y características. De ahí su singular relevancia e importancia.

A entender de Wayar, en primer lugar, en lo concerniente a la carga de la prueba, nadie duda de que ésta recae sobre el propio acreedor, por aplicación de los principios generales. Sin embargo, agrega, se hace necesario distinguir dos supuestos: la prueba de la interpelación y la prueba de la inculpabilidad del deudor. Tratándose de deudas pagaderas en el domicilio del *solvens* (*portables*), se dice que el acreedor debe probar (cuando ello sea necesario) que formuló la pertinente intimación.

Ello, según Wayar, es rigurosamente exacto. En cambio, en las obligaciones a plazo, en las que la interpelación puede ser innecesaria, aquella carga probatoria, como es obvio, desaparece; no obstante, una defectuosa interpretación jurisprudencial argentina pretendía que en tales vínculos la carga probatoria subsistía. Es decir, el acreedor debía probar que concurrió a recibir el pago, lo que es casi lo mismo que probar que se presentó a reclamar (interpelar) el cumplimiento. Tal jurisprudencia, felizmente superada, contenía un grave error conceptual, pues no se trataba de una cuestión de interpelación, sino de culpabilidad, ya que si el acreedor no se presentaba, el deudor no estaba en mora, porque el incumplimiento, en tal caso, se debía a una causa no imputable a él, pero la prueba de la inculpabilidad corría por su cuenta.

En opinión nuestra, el tema de la probanza de la intimación o requerimiento de pago resulta independiente de la eficacia misma de dicho requerimiento.

Ello significa que podríamos estar en presencia de un requerimiento de pago que reúna todas las condiciones teóricas de validez, pero del cual el acreedor no tenga ninguna constancia que acredite haberlo efectuado. En este caso el deudor se encontrará constituido en mora, pero ante una eventual discrepancia con el acreedor acerca de la existencia del propio requerimiento de pago, nos encontraríamos en presencia de un acreedor desprovisto de los medios suficientes como para probar el estado de mora del deudor.

La demostración del requerimiento de pago no escapa a las disposiciones generales sobre medios probatorios que establece el Código Procesal Civil. Así, dichos medios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (argumento del artículo 188 del Código Procesal Civil peruano).

3235 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 399 y 400.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En virtud del artículo 192 del referido cuerpo legal, son medios de prueba típicos: la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial; en tanto que el artículo 193 señala que los medios probatorios atípicos son aquéllos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. La citada norma agrega que los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

2.10. Los factores impeditivos de la mora del deudor

Respecto de los factores o causas que impiden la configuración de la situación jurídica de mora del deudor, la doctrina mayoritaria considera que ellos se manifiestan de diferentes maneras, pudiendo tener su origen en la ausencia de uno o más presupuestos o elementos esenciales de la mora del deudor.

Lo expresado se plasma, por ejemplo, cuando el deudor no tuvo un comportamiento negligente ni doloso, por lo que faltaría el elemento subjetivo de la mora; o cuando el acreedor no formula la debida interpelación —en aquellas obligaciones en las que rige la mora *ex personae—;* o cuando falta alguna de las condiciones de la intimación —como elemento formal de la mora—. Este último caso se puede presentar cuando el acreedor requiere al deudor, a pesar de que la obligación aún no es exigible; o ante la ausencia de cooperación del acreedor en los casos en que, por la naturaleza de la obligación o por convenio, deba prestarla con la finalidad de que el deudor quede constituido en mora, independientemente de que se trate de un sistema de mora automática o por interpelación.

En síntesis, los factores impeditivos de la mora del deudor son todas aquellas situaciones que obstaculizan la configuración de ésta. En este sentido, se vinculan con el defecto de todo lo concerniente a los elementos, presupuestos y condiciones de la mora del deudor.

2.11. Los sistemas de constitución en mora

2.11.1. Polémica en torno al sistema de constitución en mora que imperaba en el Derecho romano

Wayar[3236], quien efectúa un exhaustivo y prolijo análisis sobre el tema, señala que existen tres posiciones en relación con el sistema de constitución en mora que regía en el Derecho romano: una primera postura sostiene que el sistema de mora en Roma era el de la interpelación (mora *ex personae)*; la segunda, que imperaba el sistema de mora sin interpelación o mora *ex re* en las obligaciones a plazo; y,

3236 *Ibidem*, p. 207.

finalmente, la posición de la inexistencia de un principio general (es decir, que en Roma se alternaron los dos sistemas mencionados).

La primera posición —según Wayar—, es la que afirma que el sistema de la interpelación por mora *ex personae* era el más difundido en el Derecho romano. Éste consistía en que el deudor no quedaba constituido en mora si no era interpelado por el acreedor, a pesar de que la obligación tuviera fijado plazo de cumplimiento. El simple vencimiento del término, no tenía poder para provocar la mora *solvendi*; sólo daba lugar a un mero retardo, que necesitaba de la *interpellatio* para convertirse en situación de mora.

Añade Wayar que esta tesis queda avalada por la autoridad de Savigny, Puchta, Molitor, Van Wetter, Maynz y otros, que consideran que se debe distinguir la situación de mora del simple retraso, dándoles diversidad de consecuencias, y por negar que la máxima *dies interpellat pro homine* tenga origen en las fuentes romanas. Estos autores apoyan sus ideas en ciertos pasajes de *El Digesto*, como por ejemplo lo escrito por Marciano[3237], «*Mora fieri intelligitur non ex re, sect ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solvent*» (se entiende que se causa la mora no por la cosa sino por la persona, esto es, si interpelado —el deudor— no hubiere pagado en lugar oportuno [...]). De esta manera, se observa la necesidad de la interpelación para originar la mora del *solvens*. Por tal razón, Jorge Bustamante Alsina[3238] refiere que, de acuerdo con esta tesis, la mora se producía excepcionalmente sin interpelación (*ex re*), cuando el deudor se ausentaba sin dejar representante, por negligencia o mala fe; si se trataba de una obligación de restituir proveniente de un robo; si se había convenido o estipulado; y en el caso en que el retardo en la ejecución equivaliera a una inejecución completa.

Asimismo, del pasaje de Marciano, según Neustetel —citado por Wayar—, se deduce que no se distingue entre obligación a término y obligación sin término, por lo que la regla ahí contenida valía tanto para las obligaciones puras y simples cómo para las que tuvieran plazo de cumplimiento.

Sin embargo, Maynz[3239] considera que no se puede invocar como decisivos los numerosos pasajes de *El Digesto* en los cuales la interpelación es representada como una condición necesaria para la constitución en mora, «por la razón de que en ninguno de estos pasajes se dice formalmente que la interpelación sea necesaria en las obligaciones *in diem*».

Según Wayar, cabe anotar que existen argumentos adicionales que se han esgrimido en apoyo a la posición de la mora *ex personae*. Uno de ellos sostiene que, si para el cumplimiento de una obligación se ha estipulado un término, entonces,

3237 *Ibidem*, p. 208.

3238 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 99.

3239 Citado por Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 209.

una vez vencido el plazo, la obligación se hace *praesens*, es decir, actualmente exigible. Desde ese momento, si el acreedor no intima al deudor es porque consiente en diferir la ejecución de la prestación. Esto se debe a dos motivos: primero, porque la ley no exige que el deudor haga espontáneamente y sin ser requerido ningún sacrificio en favor de otro, a pesar de ser obligatorio; segundo, porque el plazo se presume establecido en favor del deudor.

Por lo tanto, defender la tesis de que sólo el vencimiento del plazo constituye al deudor en mora implica volver en su contra todo lo que la ley ha querido disponer a su favor[3240].

Un segundo argumento que abona el principio de la mora *ex personae* se basa en que los textos sobre los que se pretende fundar la regla *dies interpellat pro homine* no son decisivos. Al respecto Maynz —citado por Wayar— opina que autores como Africano (*Dig.* X LIV, 7, 23), Paulo (*Dig.* XII, 1, 40) y Justiniano (*Cód.* VIII, 12) parecen más bien aludir a los efectos de la cláusula penal, sin que estas reglas puedan ser de aplicación a la situación de mora. Finalmente, Paulo (*Dig.* XLX, 1,77), a quien se cita con regularidad en favor de la última regla mencionada, en lugar de ser cristalino en este sentido, parece repudiarla.

Un tercer argumento en apoyo de la mora *ex personae,* según Vásquez-Rolfo[3241], radica en que la situación de mora —para constituirse como tal— debe integrarse por tres elementos esenciales: el retardo, la culpa y la interpelación, de tal forma que faltando alguno de los dos últimos extremos, o ambos al mismo tiempo, no existe mora, sino simple retraso. A esta situación —objetivamente idéntica a la mora— se le atribuyen determinados efectos, como por ejemplo, que si la obligación establecía una cláusula penal, se incurría en ella por el solo vencimiento del plazo, sin necesidad de requerimiento alguno.

También, según un texto de Ulpiano (*Dig.* XIX, 1, 13, parágrafo 20), en el contrato de venta los intereses del precio eran debidos por el comprador desde la entrega de la cosa, hubiera incurrido o no en mora, etcétera.

En síntesis, si no se produce la interpelación, no existirá mora, a pesar de que se manifiesten algunos efectos como consecuencia del simple retardo.

Finalmente, un cuarto argumento en favor de la mora *ex personae* —según Wayar—[3242] sería que aun cuando se reconozca que de los textos no es posible extraer una posición que decida esta polémica en favor de uno u otro de los sistemas en disputa, la máxima *dies interpellat pro homine* fue escrita en la Glosa Magna de Acursio, por lo que se estaría demostrando que su origen fue ajeno a las fuentes romanas.

3240 *Ibidem*, p. 210.
3241 *Ibidem*, pp. 210 y 211.
3242 *Ibidem*, p. 211.

Por otro lado, con respecto a la posición de que el sistema romano era el de la mora *ex re* o sin interpelación en las obligaciones sujetas a plazo, existen —según los defensores de esta tesis— muchos pasajes en el *Corpus Iuris* que permiten sustentarlo. Un ejemplo de lo expresado sería el texto de Justiniano (*Código* VIII, 38,12)[3243], que señala lo siguiente: «Justiniano a Menna, prefecto del Pretorio». «Disipando la grande oscuridad de las antiguas leyes, que hasta ahora daban muchísimas ocasiones para prolongar los litigios, mandamos, que «si alguno hubiere prometido que en cierto tiempo hará o dará alguna cosa al estipulante, y hubiere añadido que, si en el tiempo prefijado no se hubieren ejecutado estas cosas, pagará cierta pena, sepa que de ninguna manera puede alegar para evitar esta pena que nadie le avisó». Sino que aun sin ningún aviso quedará sujeto a la misma pena a tenor de la estipulación, porque el mismo debe conservar en su memoria lo que prometió, no pretender que por los demás se le manifieste». Esta afirmación de Justiniano constituye el argumento más sólido que esgrimen los partidarios de la máxima *dies interpellat pro homine.*

Sin embargo, los propios partidarios del aforismo reconocen que no es posible encontrar en ningún pasaje del *Corpus* romano, formalmente consagrada, la máxima *dies interpellat pro homine.* Biedma[3244] afirma, inclusive, que de la lectura de los pocos textos aislados a que se tiene acceso, parece ser que los romanos no admitían esta máxima como regla fija para las obligaciones a plazo.

En este sentido, Wayar[3245] considera que la regla *dies interpellat pro homine* no está expresada en ninguno de los textos que componen el *Corpus Iuris Civili,* por lo que es extraña al Derecho romano clásico. Esta máxima nació en el Derecho bizantino, y comenzó a tomar forma en las basílicas, para posteriormente quedar concretada y definida en la obra de los glosadores.

Finalmente, se halla la tesis que sostiene que en el Derecho romano alternaron su vigencia el sistema de la interpelación y el de la mora *ex re,* es decir, que en este Derecho no existía un principio general. Esta tercera posición señala que no se puede afirmar la preeminencia absoluta de alguno de ellos; al contrario, debe admitirse que los jurisconsultos romanos conocieron y aplicaron tanto la mora *ex personae* como la mora *ex re.*

Al respecto, Wayar[3246] considera que esta opinión se ve alentada por las contradicciones y dudas que muestran los especialistas, al no poder demostrar *in limine* el predominio de uno de los dos sistemas, ya que a los textos que parecen consagrar la mora *ex personae,* se les oponen otros que se inclinan por la mora *ex re.*

3243 *Ibidem*, p. 212.
3244 Biedma, Alejandro. *Mora automática.* Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 28.
3245 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, pp. 221 y 222.
3246 *Idem.*

Sin embargo, esta pugna entre distintos pasajes del mismo cuerpo puede quedar librada si se los analiza e interpreta con relación al periodo en que fueron redactados.

En este sentido, la constitución en mora en el Derecho romano habría evolucionado a lo largo de tres etapas. En la primera, la mora era absorbida por los efectos del incumplimiento; el acreedor no tenía interés alguno en constituir en situación de mora a su deudor, pues por el solo incumplimiento podía disponer de su persona.

En el segundo periodo, a medida que el *pretor* y la *aequitas* fueron suavizando el rigorismo del antiguo Derecho de los *quirites*, empezó a tener mayor importancia la figura de la *interpellatio*, que los jurisconsultos utilizaron en determinadas situaciones para favorecer la posición del deudor, hasta que terminó imponiéndose como regla.

En el último periodo de desarrollo apareció la mora *ex re,* consagrada con carácter general en el Derecho bizantino, prolongando su vigencia durante toda la Edad Media a través de los glosadores y de los posglosadores.

En conclusión, respecto a los sistemas de constitución en mora, se aprecia que la regla en el Derecho romano podría parecer dudosa. Hemos visto cómo algunos autores sostienen que el deudor, al vencimiento del plazo, y cualquiera que fuera la naturaleza de la obligación, quedaba, en caso de incumplimiento, constituido en mora: el tiempo interpelaba por el hombre. Otra corriente doctrinaria, también analizada, expresa que el requerimiento era siempre necesario para constituir en mora al deudor: el tiempo no interpelaba por el hombre.

Respecto a estos dos tipos de mora, mora *ex personae* y mora *ex re,* existen argumentos a favor y en contra[3247]. Así los autores que apoyan el sistema de la mora con interpelación *(ex personae)* sostienen que resulta fundamental este elemento formal, por las graves consecuencias que origina para el deudor la situación de mora.

En este sentido, ejemplo de una consecuencia extrema sería que el deudor en mora puede, en algunos supuestos, responsabilizarse por el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1336 del Código Civil peruano). Por tal razón, se ha juzgado equitativo interpelar al deudor, brindándole así la oportunidad de ejecutar su prestación y de eximirse de consecuencias tan onerosas.

Por otro lado, los partidarios de la mora sin interpelación (mora *ex re*) afirman que no hay necesidad de intimación para que se configure la situación de mora, ya que la existencia de un plazo, fijado singularmente por las partes, para que se ejecute la prestación es suficiente para que el deudor pague oportunamente.

3247 Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 160.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero sobre esta materia nos pronunciaremos en extenso más adelante, al analizar la constitución en mora.

2.11.2. Breve revisión del Derecho extranjero en torno a los sistemas de constitución en mora

Después de haber estudiado los sistemas de constitución en mora que imperaban en el Derecho romano, nos corresponde revisar someramente las legislaciones extranjeras más relevantes.

Para iniciar el análisis del tema, debemos recordar que la Ley de las Partidas no exigía la interpelación al vencimiento del plazo. Esta misma tesis prevaleció en Francia en los siglos XVI y XVII. Pothier[3248], sin embargo, era de distinto parecer, pues pensaba que según sus costumbres, un deudor no se reputaba como obligado a dar la cosa debida por él, sino sólo mediante una demanda judicial hecha en forma y únicamente a contar desde el día de esa demanda. A ello agregamos que la necesaria interpelación también podía ser extrajudicial.

La doctrina de Pothier fue acogida por el Código Civil francés (artículo 1139), el Código Civil español (artículo 1100) y el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1219). Ella también informó a los códigos civiles peruanos de 1852 (artículo 1264), de 1936 (artículo 1254) y de 1984 (artículo 1333).

En el campo legislativo parece prevalecer, sin embargo, la tesis contraria: *dies interpellat pro homine*. Así lo establecen el antiguo Código Civil italiano de 1865 (artículo 1223), el Código Civil alemán (artículo 284), el Código Federal suizo de las Obligaciones (artículo 102), el Código Civil brasileño de 1916 (artículo 955), el Código Civil argentino de 1871 (artículo 509, modificado por Ley 17,711), el Código Civil chileno (artículo 1551), el Código Civil venezolano (artículo 1269) y el Código Civil paraguayo de 1987 (artículo 424).

En este sentido, Héctor Lafaille[3249] recuerda que parece haber revivido el sistema del *dies interpellat pro homine,* porque se encuentra sancionado en importantes códigos del siglo XX, particularmente por los de Brasil de 1916, Alemania y Suiza, como también por el de Venezuela.

Es preciso, sin embargo, señalar los alcances de las reglas del antiguo Código Civil italiano de 1865 y del Código Civil alemán.

Decía Giorgi[3250], comentando el artículo 1223 del antiguo Código Civil italiano, el que se dudara si el legislador había querido referirse sólo al día cierto o también al día incierto. Y que había seguridad de que la regla se aplicaba al término *certus an, certus quando* (el día 2 de julio de 2014), pero que la duda prevalecía respecto

3248 POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 123.

3249 LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen II, p. 73.

3250 GIORGI, Giorgio. *Op. cit.*, tomo II, p. 108.

a los términos *incertus an, incertus quando* (cuando el barco que ha zarpado de Génova llegue a Lima), *certus an, incertus quando* (cuando tal persona fallezca) e *incertus an, certus quando* (cuando tal persona cumpla sesenta años). Cabe agregar, respecto a esta misma norma, que cuando el vencimiento de la obligación se producía después del fallecimiento del deudor, sus herederos no quedaban constituidos en mora sino por el requerimiento y sólo después de nueve días, contados a partir de la fecha de la interpelación.

Enneccerus, Kipp y Wolf[3251], por su parte, señalan que en virtud del artículo 284 del Código Civil alemán el deudor queda constituido en mora sin interpelación, pero sólo cuando el plazo de la prestación se ha fijado con arreglo al calendario *(certus an, certus quando).*

En este caso, la prestación debe cumplirse en el día fijado, el incumplimiento constituiría una violación. No es un día fijado según el calendario «un año después de la muerte de tal persona». Aquí sí habría necesidad de constituir en mora.

En lo que respecta a nuestra legislación, es pertinente recordar lo expresado por Manuel Augusto Olaechea[3252], a propósito de su intervención como miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852, que dio origen al Código de 1936. Así, el insigne legislador sostenía respecto de la mora el mismo principio que ha adoptado el Código Civil peruano de 1984, cuando manifestaba lo siguiente:

> La primera cuestión que se presenta al ocuparse de la mora es la de resolver si se produce *ipso jure,* o si se requiere para crear ese estado jurídico un acto constitutivo de ella emanado del acreedor.
>
> El Código Civil peruano (se refiere al de 1852) consagra ampliamente la doctrina de la mora *ex personae,* según es de verse en el artículo 1264, y sólo por excepción admite la mora automática cuando el deudor no entrega la cosa debida el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciera sin necesidad de pedírsela.
>
> Los efectos fundamentales de la mora consisten en la indemnización de los daños y perjuicios que se irroguen al acreedor y en poner los riesgos de la cosa a cargo del deudor que incurre en ella.
>
> Parece acentuar cada día que la mora *ex personae* sólo se aplica en el derecho moderno cuando se trata de las obligaciones de plazo incierto en las cuales se requiere la previa interpelación del acreedor para producir dicho estado jurídico; pero que cuando se trata de obligaciones con plazo cierto, la simple estipulación del término dispensa al acreedor de practicar acto alguno para constituir en mora al deudor. Tiene lugar entonces la mora

3251 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 260.

3252 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo V, pp. 185 y 186.

ex re, por aplicación del principio *dies interpellat pro homine.* He aquí la institución legislativa emitida por los Códigos suizo, brasileño [se refiere al de 1916] y venezolano reformado.

El Anteproyecto imita la institución del artículo 110 del Código español, que es también la actual institución peruana, considerando necesaria la interpelación del acreedor tanto respecto de las obligaciones de tiempo indeterminado cuanto de las obligaciones que tienen día cierto para su cumplimiento; es decir, mientras el acreedor no requiere al deudor, no está éste legalmente constituido en mora, no obstante el retardo de hecho en que se hallare.

Si el acreedor no requiere al deudor, hay fundamento atendible para creer que la demora no le irroga ningún daño, y en este caso debe preferirse la solución más benévola para el deudor.

Empero, la mora *ex re* tiene lugar cuando la obligación, o la ley, lo declaran expresamente así, o cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. Quiere decir que de un modo general la mora no se produce sino por la interpelación; pero en vista de la naturaleza del contrato o de la estipulación de las partes o de las disposiciones de la ley, la mora puede ser automática.

Es evidente, por ejemplo, que cuando de las circunstancias particulares del contrato resultare la designación del plazo, como uno de los motivos determinantes de la obligación por parte del acreedor, el retardo es mora y puede equivaler también a la inejecución; si un fabricante de juguetes ha convenido en entregar a otro una partida de ellos la víspera de Navidad, está constituido en mora por sólo el transcurso del día señalado [...].

Ahora bien, el Código Civil peruano vigente consagra en su artículo 1333, como regla, la constitución en mora con interpelación, es decir, la mora *ex personae*, y, excepcionalmente, la mora sin interpelación o mora *ex re,* aplicable a los casos taxativamente previstos por el precepto citado.

En este sentido, como expresaba uno de los autores del *Tratado de las Obligaciones* en ocasión anterior[3253], el Código mantiene, en consecuencia, el principio francés, acogido por el artículo 264 del Código de 1852 y consagrado por el Código Civil de 1936, de la mora *ex personae: dies non interpellat pro homine* (el tiempo no interpela por el hombre). Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por lo tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo.

Las excepciones que ha contemplado el artículo 1333 del Código vigente a la necesidad del requerimiento o intimación para constituir en mora al deudor

3253 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones. Ob. cit.*, volumen VI, p. 220.

son las que estuvieron previstas por los dos incisos del artículo 1254 del Código de 1936. Además, la señalada por el inciso 2 del artículo 1219 del Código Civil italiano. Y, finalmente, el caso en que la interpelación no sea posible por causa imputable al deudor.

Como se observa, si bien se mantiene, según se ha expresado, el principio de la mora *ex personae,* se amplían las causales para que opere la mora *ex re.* En consecuencia, la interpelación es innecesaria cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación aparece que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o practicarse el servicio fue motivo determinante para contraerla; cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y cuando tal interpelación no es posible por causa imputable al deudor.

En el supuesto de no haberse señalado plazo, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujera que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración, de acuerdo con el artículo 182 del Código Civil. Sólo al vencimiento de este plazo señalado por el juez, el deudor podrá ser constituido en mora.

Si de la naturaleza y circunstancias se dedujera que no ha querido concederse plazo al deudor, entonces el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Así lo ordena el artículo 1240 del Código Civil. Si el acreedor no recibe el pago después de exigírselo al deudor, podrá constituirlo en mora.

Similar principio se aplica cuando la ley, a falta de estipulación entre las partes, señala el plazo. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1656 del Código Civil, referente al mutuo, que prescribe que cuando no se fijó un término para el pago, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega. Vencido este plazo el acreedor estará en aptitud de constituir en mora al deudor.

2.11.3. Sistemas de constitución en mora

Cuando nos referimos a los sistemas de constitución en mora, lo hacemos respecto a las formas o modos que la ley prevé para crear el estado moratorio. Sin embargo, tal explicación requiere efectuarse distinguiendo la mora del deudor y la mora del acreedor.

En adelante, nuestro análisis sobre la materia.

2.11.3.1. Respecto a la mora del deudor

2.11.3.1.1. Sistema de la mora ex personae o mora con interpelación

Ella se produce cuando la constitución en mora del deudor se realiza a través de la interpelación de éste por el acreedor. De esta manera, la intimación —elemento

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

formal— es concebida como esencial para la configuración de la mora. En suma, sin interpelación no existiría mora[3254].

En la primera parte del artículo 1333 del Código Civil se plasma la mora *ex personae,* ya que dicho precepto prescribe que «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación».

La mora *ex personae* se caracteriza por ser un sistema en el que la interpelación del acreedor al deudor es determinante para la configuración de esa situación jurídica. Por tal razón, Bustamante[3255] afirma que este tipo de mora concibe a la intimación —elemento formal— como esencial para el nacimiento de la mora del deudor. En suma, precisa el citado autor, sin interpelación no existiría mora.

El requerimiento de la interpelación, como antes se expresara, ha sido consagrado como regla en el Derecho peruano.

La mora *ex personae* tiene como fundamento la teoría de la prórroga tácita del plazo, ya que si el acreedor, vencida la obligación, no le exige al deudor su cumplimiento, se entiende que aquél le está otorgando a éste un plazo de gracia, es decir, está prorrogando tácitamente el plazo de cumplimiento de la obligación.

Llambías[3256] considera que la mora con interpelación o mora *ex personae* está impuesta por la necesidad de clarificar la situación de las partes, con la finalidad de que entre ellas reine la buena fe. De ordinario, las relaciones entre acreedor y deudor se mantienen en un terreno amistoso que autoriza a relegar a un segundo plano los derechos estrictos del acreedor. Entonces, es justo que cuando éste desea hacer valer sus derechos, lo haga saber categóricamente exigiendo el pago al deudor, a fin de que el último sepa a qué atenerse. Por el contrario, no parece justo que se compute un comportamiento del deudor, si bien, indebido, consentido por el acreedor, para agravar la responsabilidad de aquél cuando el acreedor desea efectuar tal consideración, pues desde que ese comportamiento se manifiesta, no tiene más que recurrir a un acto preciso, el requerimiento de pago, que sirve para clarificar las relaciones de las partes y deslindar la postura jurídica de cada una de ellas; o, de otra manera, pactar expresa o tácitamente que el mero incumplimiento del deudor importará su constitución en mora.

Por su parte, Alejandro Biedma[3257] refiere que el principio de la interpelación al deudor para su constitución en mora se basa en otro más amplio, que es el del *favor debitoris,* es decir, que, en caso de duda, se establece que el juez debe pronunciarse por la liberación del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3254 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, pp. 98 y 99.
3255 *Idem.*
3256 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 134.
3257 Biedma, Alejandro. *Op. cit.*, p. 38.

Agrega el autor citado que el principio del *favor debitoris* fue puesto en su debido lugar por Von Ihering, al advertir que: «[...] lo que hay en todo ello de más temible y vejatorio, no es la imperfección en que se encuentra, sino el sentimiento amargo de que el derecho bueno pueda ser pisoteado sin que existan medios para remediarlo».

Asimismo, íntimamente relacionado con este principio, se aduce el argumento de que el deudor es la parte económicamente más débil de la relación contractual. Al respecto, Alejandro Biedma[3258] considera que esta posición no tiene mayor asidero en la realidad, ya que la vida social misma la desmiente en muchos casos. Así tenemos, por ejemplo, cuando el asalariado reclama su remuneración al empleador incurso en mora; en el supuesto de que el acreedor sea un pequeño ahorrista de un depósito a plazo fijo frente a la institución bancaria deudora; el jubilado o pensionado, acreedores de una suma modesta por concepto de jubilación y pensión frente al Estado nacional, provincia o municipalidad, siendo estos los deudores, que además y como deudores privilegiados, fijan el día en que el jubilado ha de cobrar y el monto que habrá de percibir como beneficio jubilatorio.

Héctor Lafaille[3259], por su parte, entiende que los partidarios de la mora *ex personae* fundamentan su posición en las graves consecuencias que origina, para el deudor la situación de mora. En este sentido, ejemplo de una consecuencia extrema es el hecho de que el deudor que se encuentra en una situación de mora puede —en algunos supuestos— responsabilizarse por el caso fortuito y la fuerza mayor (artículo 1336 del Código Civil peruano). Por tal razón, se ha juzgado equitativo interpelar al deudor, brindándole así la oportunidad de ejecutar su prestación y de eximirse de consecuencias tan serias.

Sin embargo, Lafaille no se considera entre aquéllos que apoyan el sistema de la mora con interpelación, ya que opina que más allá de las consideraciones teóricas que estos señalan en respaldo de su posición, que en realidad son débiles, suelen aducirse motivos de orden práctico, entre ellos, la dificultad de suprimir un temperamento profundamente arraigado en sus costumbres, aun más si tomamos en cuenta que el interesado puede eliminar el extremo, insertando en la convención una cláusula contraria.

Marty[3260] opina, respecto a la mora *ex personae,* que es comprensible su utilidad cuando no se ha fijado fecha para el cumplimiento de la obligación. Por lo que sería necesario que el acreedor reclame lo que se le debe y, de esta forma, advierta al deudor que se encuentra constituido en mora.

Esta afirmación refleja que el citado autor entiende el sistema de constitución en mora con interpelación de manera restrictiva, ya que sólo la considera

3258 *Idem.*

3259 Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 160.

3260 Marty, Gabriel. *Op. cit.*, volumen II, p. 40.

necesaria en tanto no exista un plazo determinado para que el deudor cumpla con su obligación.

Por otro lado, consideramos pertinente que el sistema de constitución en mora con interpelación o mora *ex personae* sea analizado vinculándolo con el tema de «La mora y el lugar donde se debe efectuar el pago», que será analizado en el punto 3.12.

2.11.3.1.2. Sistema de la mora ex re o mora sin interpelación

Este tipo de mora —también conocida como mora automática— no requiere que el acreedor, una vez vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, intime al deudor, ya que el simple paso del tiempo interpelará por el hombre.

La mora *ex re* es admitida en nuestro Derecho Civil con carácter excepcional, pues ella sólo opera en los supuestos taxativamente previstos por los cuatro incisos consignados en la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil.

Sin embargo, ocurre lo contrario en el Derecho argentino, ya que tal como precisa Moisset de Espanés[3261], gran parte de su doctrina critica la supresión del requisito de la interpelación, considerando que no hay razón alguna que justifique el cambio de régimen efectuado por la reforma hecha en su país en 1968[3262].

De otro lado, y siguiendo la misma línea, Hinestrosa[3263] señala que en lo que respecta a su sistema, vale decir, el colombiano, es menester tener presente que, cual ocurre con la mayoría, entre ellos el *common law*, rige el principio de la mora *ex re*, que agiliza y facilita el desarrollo de las relaciones crediticias y le imprime más precisión y seguridad al fenómeno mismo del incumplimiento por retardo. Así, debe rechazarse la idea que considera que en el Derecho colombiano se presenta la mora en virtud de requerimiento.

3261 Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo II, p. 230.

3262 A continuación, trascribimos el vigente artículo 509 del Código Civil argentino *(hoy ya derogado)*, así como el de su predecesor que fuera derogado por la Ley 17.711:
Artículo 509.- En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.
Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultase tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora.
Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación.
Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable.
Artículo 509 [Código de Vélez].- Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:
1) Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca;
2) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, fue un motivo determinante por parte del acreedor.
[La cursiva corresponde a la tercera edición]

3263 Hinestrosa, Fernando. *Op. cit.*, p. 603.

Ahora bien, a continuación, pasamos a detallar cada uno de los casos en los que rige el sistema de la mora *ex re* en el Código Civil peruano de 1984.

2.11.3.1.2.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

En la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil se enumeran una serie de supuestos que configuran la mora *ex re.* Así, el inciso primero prevé la situación de mora sin necesidad de interpelación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

Sin lugar a dudas, se trata del supuesto más representativo de la mora automática de pleno derecho o *ex re.*

No sólo eso, sino que es también el caso más común al que las partes recurren para tal efecto. Si comparamos su frecuencia con aquellos otros supuestos de mora automática, es sin duda el más relevante aquél en el cual las partes deciden —ellas mismas— que el solo paso del tiempo sí interpela por el hombre.

Además, se presenta habitualmente en la contratación escrita, en masa o en la contratación mercantil, en donde el propio Código de Comercio —como vimos oportunamente— la constituye en regla.

Para un análisis más detallado del tema, nos ocuparemos en primer lugar del supuesto de la mora automática por disposición expresa de la ley o mora legal, y luego de la mora *ex re* establecida por pacto expreso entre las partes.

2.11.3.1.2.1.1. Mora legal

La mora legal, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, tiene lugar en las hipótesis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico. En efecto, la ley, en ciertas situaciones particulares, prescinde del requerimiento del acreedor para la constitución en mora del deudor.

Existe un repertorio de situaciones en que se produce el supuesto de mora legal. A continuación, exponemos algunos ejemplos en que ella se configura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 430 del Código Civil, referente a la patria potestad, dispone que el saldo que resulte en contra de los padres, produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta norma constituye un supuesto de mora automática por mandato de la ley, pues el simple transcurso del tiempo (un mes después de la terminación de la patria potestad) origina la deuda de intereses legales, por parte de los padres, la misma que, teniendo en cuenta que ha concluido la patria potestad, sería de intereses legales moratorios.

El artículo 78 de la Ley General de Sociedades, por su parte, prescribe que «El accionista debe cubrir la parte no pagada de sus acciones en la forma y plazo

ESTUDIO VARIO CASTILLO FREYRE

previstos por el pacto social o en su defecto por el acuerdo de la junta general. Si no lo hiciere, incurre en mora sin necesidad de intimación». De la lectura de esta norma se desprende que se trata de un caso de mora legal (automática).

El artículo 200 de la misma Ley General de Sociedades, relativo al derecho de separación del accionista, prevé en su antepenúltimo párrafo que «[...] La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios [...]». Aquí claramente aparece un supuesto de mora automática prevista por la ley.

2.11.3.1.2.1.2. Mora convencional

Esta hipótesis de mora automática se origina por voluntad de las partes. Son éstas las que pueden convenir libremente, en ejercicio de su autonomía contractual, que el solo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.

En este sentido, Llambías[3264] considera que la constitución en mora no es de orden público, por lo que la supresión de la exigencia de la interpelación no atenta contra la moral ni contra las buenas costumbres. Por esta razón, no habría impedimento alguno para que las partes establecieran un régimen de constitución en mora más riguroso para el deudor que el sustentado en la interpelación.

Además, agrega el citado autor, cómo el pacto de mora automática significa una renuncia anticipada por parte del deudor a que se le efectúe el requerimiento, es decir, un sistema menos benigno para éste —a quien en caso de duda se tiende a favorecer—, la ley exige que ese pacto sea expreso; ello, con la finalidad de que la voluntad derogatoria del requisito de la interpelación se manifieste claramente. De lo que se desprende que toda duda al respecto implica la exclusión del pacto especial, manteniéndose el principio de la mora *ex personae*.

Finalmente, precisa anotarse que no todas las legislaciones exigen que el pacto de mora *ex re* entre las partes sea expreso. Al respecto, Larroumet[3265] señala que, puesto que la exoneración de la interpelación deroga un principio, hubiera podido admitirse que debía ser expresa y que no podía deducirse de circunstancias o de ciertas estipulaciones no explícitas. Sin embargo, la jurisprudencia francesa se ha mostrado aquí aun liberal, pues ha considerado que podía deducirse de ciertas disposiciones contractuales que el acreedor no tenía que poner al deudor en mora de ejecutar una obligación, ya que los jueces interpretan soberanamente la voluntad de los contratantes a este respecto. Así, la

3264 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 151.
3265 Larroumet, Christian. *Op. cit.*, volumen II, p. 100.

estipulación según la cual se debe entregar un bien o se debe realizar un servicio una vez concluido el contrato, dispensaría al acreedor de la constitución en mora. La solución puede explicarse por el hecho de que el requerimiento supone un plazo otorgado al deudor y que, si el acreedor lo deja pasar sin exigir la ejecución, ello significa que lo prorrogaría tácitamente. Por el contrario, cuando no se ha estipulado ningún término, el acreedor espera obtener una ejecución inmediata y resultaría demasiado oneroso obligarlo a constituir en mora al deudor desde la celebración del contrato.

Por su parte, la jurisprudencia nacional[3266] ha señalado que: «En el caso de autos, resulta de aplicación el artículo 1333, inciso 1, del Código Civil que señala claramente que no es necesaria la intimación para que la mora exista cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente, siendo esta última parte la que corresponde aplicar en virtud del texto expreso de la cláusula sexta del contrato de mutuo con garantía hipotecaria de fecha 7 de setiembre de 1994, suscrito entre los ahora demandantes y demandados».

También podemos mencionar la Casación n.° 1813-2003-Junín, de fecha 27 de octubre de 2004, que indica lo siguiente, «*Tercero.* El artículo 1333 del Código Civil señala los supuestos legales en los que no es necesaria la intimación para que la mora exista, lo que la doctrina conoce como mora automática, entre ellos el que contiene el inciso 1 invocado por el banco actor que señala "cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente"; el artículo 169 del mismo Código consagra la interpretación sistemática en los contratos y el 1219 inciso 1 del acotado dispone como efecto de las obligaciones el autorizar al acreedor para emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. *Sétimo.* En consecuencia, estando a la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato de compraventa con cláusula adicional de constitución de garantía hipotecaria de la referencia, tenemos que no era requisito para ejecutar la garantía hipotecaria submateria, el previo requerimiento de pago al deudor ante la falta de cumplimiento de este último de su obligación dineraria dentro del plazo concedido para ello, desde que de acuerdo al numeral seis de la referida cláusula adicional, no se requería comunicación del banco ejecutante a la parte deudora respecto de su decisión de dar por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes, por lo que la constitución en mora operaba de modo automático de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1333 inciso 1 del Código Civil pues estando al pacto glosado, ya no era necesaria la intimación al deudor para que la mora se configure».[3267]

EDICIONES JURÍDICAS GRIJLEY

3266 Expediente n.° 52883-1997-Lima.

3267 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

2.11.3.1.2.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación

Este supuesto de mora *ex re* se halla expresamente plasmado en el inciso segundo del artículo 1333 del Código Civil, que prescribe que no es necesaria la intimación para que la mora exista: «Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla».

Según expresa Llambías[3268], a este supuesto se le denomina mora *ex re,* ya que el cumplimiento del deudor resulta jurídicamente por imperio de la naturaleza de las cosas, es decir, de la obligación de que se trata.

Su fundamento radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que éstas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente.

Según Llambías, para que se produzca este tipo de mora se debe presentar, en primer lugar, la situación en la que el deudor debe tener conocimiento de la importancia que reviste el pago puntual de la prestación para el acreedor. Si no fuera de esta manera, fallaría el consentimiento del deudor, tácitamente prestado, para someter este aspecto de la obligación a un régimen más riguroso que es el referente a la mora *ex personae.*

En segundo lugar, el conocimiento referido ha de ser contemporáneo a la constitución de la obligación. Desde su nacimiento, la obligación está sujeta a un régimen uniforme que no puede ser variado por voluntad de una sola de las partes.

Respecto de la norma bajo comentario, la doctrina consigna los siguientes ejemplos: la construcción de un pabellón para una exposición que indefectiblemente debe ser terminado para el día señalado, y en defecto de lo cual no es necesario requerimiento alguno para constituir en mora. Igualmente, el transporte de mercaderías a un barco que debe partir en fecha determinada. Un préstamo solicitado para solventar una obligación bancaria que tiene un plazo cierto para ser pagada. Los servicios de una orquesta contratada para una boda. Un chofer de limosina cuyos servicios se contratan para transportar a una novia a la iglesia a una hora determinada, etcétera.

Éstas son obligaciones sometidas a lo que en doctrina se denomina plazo esencial, es decir, con determinación perentoria del tiempo de cumplimiento.

3268 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 153.

En palabras de Cazeaux y Trigo Represas[3269], en estos supuestos la mora surge de la propia modalidad de la obligación, sin necesidad de una interpelación especial.

Mariano Gagliardo[3270] sostiene que las hipótesis de obligaciones sujetas a un plazo esencial configuran aquellos casos en los cuales el incumplimiento relativo (mora) asume el carácter de inejecución absoluta, total o definitiva, por lo cual ni siquiera es necesaria la interpelación.

Asimismo, el citado autor señala que con respecto al plazo esencial, el Código Civil italiano (artículo 1457), a diferencia del ordenamiento argentino, dice: «Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, salvo pacto o uso en contrario, sin siquiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticias de ella a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho, aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución».

Para Gagliardo la esencialidad del término depende de la voluntad y necesidad del acreedor de recibir la prestación en forma oportuna, pues si fuese extemporáneamente cumplida, resultará irrelevante para el interesado. Es decir, agrega, el cumplimiento en cierto tiempo integra la voluntad del acreedor como elemento fundamental de la estructura del acto, motivo por el cual el plazo esencial adquiere carácter de extintivo o resolutorio.

Gagliardo considera que el plazo convenido —como móvil determinante— puede ser originario al acto o bien incorporado ulteriormente por ambas partes, pero nunca puede ser introducido en forma unilateral por una de ellas.

En todo caso, concluye, la carga de la prueba respecto de la existencia del plazo corresponde a quien lo alega, pues en el supuesto de duda la obligación se considerará pura y simple.

De lo expresado en torno a las obligaciones sometidas a plazo esencial se tiene que la falta de cumplimiento en el tiempo pactados o que surgiera de la naturaleza y circunstancias de la prestación debida, puede ocasionar el incumplimiento definitivo y total y no el mero retardo, aunque materialmente la prestación asumida pudiese efectuarse después de vencido el plazo.

Para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo estimamos que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor.

Por ejemplo, si un banco contrata a un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el *hall* principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central, y el deudor

3269 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 122.
3270 Gagliardo, Mariano. *Op. cit.*, pp. 19 y 20.

incumple con entregarlo en fecha oportuna. En este caso, el banco seguiría interesado en obtener el cuadro, pues más allá de no haber podido inaugurar el edificio exponiéndolo, será importante colocarlo, aunque sea posteriormente, para rendir permanente homenaje a quien tuvo la visión de fundar esa institución.

De otro lado, la jurisprudencia nacional[3271] también se ha pronunciado sobre este punto al señalar que: «El recurrente, en su calidad de transportista, es responsable de los daños ocasionados por la pérdida de la mercadería, lo que constituye una inejecución de obligación que configura la mora, tal como lo establece el artículo 1333, inciso 2, del Código Civil».

En el mismo sentido, la Casación n.° 2396-2001-Lima, de fecha 2 de febrero de 2002, dispone que no es necesaria la intimación cuando la ley o pacto la declaren, por la naturaleza y circunstancias, cuando el deudor manifieste su negativa a cumplir y cuando la intimación no fuese posible, «El artículo mil trescientos treintitrés del Código Civil establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exige judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación, no resultando necesaria la intimación para que exista la mora cuando: 1) la ley o pacto la declaren expresamente; 2) de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo que había de entregarse el bien o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; 3) el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; y 4) la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor; [...] el protesto efectuado no constituye una intimación judicial o extrajudicial a la que hace referencia el artículo mil trescientos treintitrés citado ni se encuentra en ninguno de los casos de excepción anotados».[3272]

2.11.3.1.2.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación

Según la tesis de Cazeaux y Trigo Represas[3273], lo prescrito por el inciso tercero del artículo 1333 del Código Civil peruano constituye un supuesto similar a la mora *ex re,* en el sentido de que hay mora automática «Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación», caso asimilable al que describen los autores citados «Cuando el obligado ha manifestado que no cumplirá la obligación».

Pero, ¿en qué momento debe producirse la negativa del deudor? Si la negativa se manifestase antes de vencer la fecha de cumplimiento de la prestación debida,

3271 Casación n.° 2560-98-Lima.

3272 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3273 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 122.

todavía no habría mora, en la medida en que podría cambiar de parecer hasta la fecha de pago, y proceder, en esta fecha, a pagar la deuda.

Entonces, resulta obvio que la negativa anticipada no será sinónimo de incumplimiento ni de mora automática.

Ahora bien, si luego de la negativa expresa de pago continuara la inacción del deudor y venciese la fecha de pago, inmediatamente después de tal vencimiento se configuraría la mora automática.

Si la negativa del deudor se manifestara una vez vencida la fecha de pago, se produciría el supuesto de mora automática en el momento en que dicho deudor pusiese en conocimiento del acreedor su negativa al cumplimiento. Aquí ya no habría ningún tiempo de espera.

2.11.3.1.2.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor

Este caso está previsto por el inciso cuarto del artículo 1333 del Código Civil peruano, al establecer que hay mora automática «Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor», o sea, cuando el acreedor no ha podido interpelar al obligado porque causas atribuibles a éste lo hicieron imposible.

La doctrina cita como ejemplos el de un deudor que se ausenta sin hacer conocer su nuevo domicilio al acreedor; o el de un deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, entre otros supuestos.

Sin embargo, nosotros no nos encontramos necesariamente de acuerdo con los ejemplos a los que usualmente se refiere la doctrina.

Entendemos como requisito necesario para que se presente el supuesto analizado, que exista culpa en el deudor, y precisamente que esta culpa determine la imposibilidad de intimarlo.

Entonces, debe existir una relación de causalidad entre la culpa del deudor y la imposibilidad de intimación.

Así, si el deudor debía pagar en su propio domicilio, para constituirlo en mora el acreedor deberá previamente intentar cobrarle allí. Si el deudor se ausentase de dicho domicilio, sería de aplicación lo dispuesto en el contrato, si se fijó domicilio contractual, o lo prescrito por el artículo 40 del Código Civil, en el sentido de que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable.

Entonces, en lo que respecta al cambio de domicilio, deberá tratarse de un supuesto de tal significación que determine la imposibilidad para el acreedor de intimar a su deudor, no obstante utilizar todos los mecanismos que para el efecto le franquea nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluiría, desde luego, notificarlo judicialmente por periódico.

RODOLFO MANO CASTILLO PEYRE

Tampoco asumimos el caso del deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, porque la muerte no es un hecho imputable al deudor, a menos que haya sido causada intencionalmente por el propio deudor (suicidio).

Por último, cabe preguntarnos si el supuesto de mora automática que venimos tratando es, en efecto, uno de mora automática, o si, por el contrario, es uno de mora por intimación o requerimiento.

Pensamos que se trata de un caso que se encuentra en el limbo entre las dos clases de constitución en mora, pues en realidad ella no se produce de manera automática ante un evento ajeno al actuar del acreedor. Esta mora se genera luego de que el acreedor ha realizado las gestiones e intentos necesarios para constituir en mora a su deudor, y después de que dichos intentos resulten infructuosos. En consecuencia, no es automática, pues al menos requiere que el acreedor haya intentado intimar a su deudor.

Sobre este supuesto, la jurisprudencia nacional[3274] ha señalado que: «Si el administrado adoptó la vía judicial para el pago de las remuneraciones correspondientes, la administración no incurre en mora desde la emisión de la sentencia, sino cuando pese al requerimiento del administrado, incumple la pretensión».

2.11.3.1.3. Mora objetiva y su relación con la mora automática

Como fue dicho en oportunidad anterior, algunos autores sostienen la existencia de la denominada mora objetiva, que según ellos es aquella que se caracteriza por carecer del factor de imputabilidad, es decir, que no necesita de la presencia del dolo o la culpa para que se configure. Nos hemos referido a este tipo de mora al tratar sobre la clasificación de la misma de conformidad al factor de imputabilidad.

El tema requiere ser vinculado aquí con la mora automática o mora *ex re,* es decir, con aquélla que no exige interpelación, pues ciertos autores[3275] suelen confundir las expresiones mora objetiva y mora automática, utilizándolas de manera indistinta, como si fueran sinónimas.

Sin embargo, ello constituye un error, ya que la mora automática o mora *ex re* se caracteriza, como anotamos oportunamente, por no necesitar de la interpelación para que se configure como tal. En cambio, la mora objetiva no requiere la presencia de los elementos subjetivos de culpabilidad.

En este sentido, teóricamente hablando, esas clases de mora no son excluyentes, pudiendo existir una mora sin culpa (objetiva), o una mora automática (sin interpelación), pero de naturaleza esencialmente culpable.

3274 Casación n.° 17-2005-La Libertad.

3275 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 236. Cita a José Ignacio Cano como ejemplo de autores que confunden estos tipos de mora, ya que denominan mora automática a los supuestos que, en el Derecho español, se reputan como casos de responsabilidad objetiva.

2.11.3.2. Con respecto a la mora del acreedor

Existen dos formas de constitución en mora del acreedor.

2.11.3.2.1. Sistema de las ofertas reales

En este caso se produce la mora *credendi* como consecuencia de que el deudor formule un ofrecimiento serio, real, oportuno, efectivo e íntegro, de cumplir la prestación y el acreedor rehúse aceptarlo, demostrando su falta de cooperación con el *solvens*.

Sin embargo, cabe precisar que el sistema de las ofertas reales exige, precisamente, que el deudor ofrezca al acreedor cumplir con la prestación debida, ya sea porque ha concluido con su elaboración y requiere entregarla, o porque resulta necesaria la participación del acreedor para que el deudor pueda ejecutarla.

Sin duda, el sistema de las ofertas reales se aprecia de manera más nítida cuando el deudor ya ha culminado con ejecutar la prestación y lo único que falta para que se complete el proceso de ejecución es la entrega propiamente dicha.

Para tal efecto, vamos a citar un ejemplo que con dos variantes ilustrará lo que venimos afirmando.

Si un personaje famoso hubiese contratado con un pintor la elaboración de un cuadro con su rostro, éste que deberá ser producido sin la presencia de dicho personaje, resultará factible que el pintor ejecute la obra y la concluya sin la participación del acreedor, pudiendo llegar a ofrecer entregársela inmediatamente después de terminada.

Sin embargo, el pintor se encontraría en situación distinta si se hubiese obligado a pintar el cuadro con la presencia física del personaje famoso. En este caso, es claro que no podría elaborar el cuadro si el personaje incumple con asistir a posar.

No obstante ello, el pintor sí podría constituir en mora a su acreedor, mediante el sistema de las ofertas reales, no porque le esté ofreciendo entregar el cuadro terminado, sino por ofrecerle elaborarlo, para cuya ejecución resulta indispensable la presencia física del acreedor, esto es, un deber de cooperación.

Así, es evidente que desde el momento mismo en que el pintor requiere a su acreedor para que pose, y éste no cumple con hacerlo, quedará constituido en mora.

2.11.3.2.2. Sistema de la consignación judicial

Según este sistema, el único vehículo válido para constituir en mora al acreedor sería la consignación judicial del bien. El solo ofrecimiento, por más serio y oportuno que fuere, no constituiría en mora al acreedor.

Nosotros no compartimos el criterio de que sólo pueda constituirse en mora al acreedor en virtud del sistema de la consignación judicial, pues como ha sido

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

estudiado oportunamente la consignación sólo es un mecanismo de carácter voluntario u optativo, al cual puede recurrir el deudor si lo tiene a bien y si se cumplen todos los requisitos previstos por la ley para que proceda consignar.

Con lo expresado, ponemos nuevamente de relieve el carácter meramente voluntario de la consignación, lo que nos conduce a afirmar que ella integra solamente un medio más para constituir en mora al acreedor, en adición al sistema de las ofertas reales, del que antes nos hemos ocupado.

Es importante agregar que el mecanismo de la consignación en el Perú no pasa por una acción directa, vale decir que se requiere, previamente, haber realizado un ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, conforme a los supuestos previstos por el artículo 1252 del Código Civil, que comentáramos al analizar el referido tema.

Independientemente de las críticas que hemos formulado al precepto citado, resulta claro que no cabe consignar sin haber ofrecido, razón por la cual el Derecho peruano ha previsto el sistema de las ofertas reales como un medio idóneo de constitución en mora del acreedor.

De modo ilustrativo señalamos que en el Derecho italiano, para que se configure la mora del acreedor, es necesario que el deudor demuestre su diligencia para cumplir y haya efectuado una declaración formal en el sentido de querer ejecutar su prestación mediante intimación al acreedor para que preste su colaboración. Además, se requiere que la oferta haya sido declarada válida por sentencia judicial o aceptada por el acreedor. Por último, que el acreedor haya rehusado, sin justificación alguna, recibir la prestación o cooperar con el deudor para que éste cumpla con su obligación[3276].

En el Derecho italiano existen dos tipos de oferta. La oferta real, que es una entrega efectiva de la suma debida o de la cosa. Esta clase de oferta es requerida cuando tiene por objeto dinero, títulos de crédito o cosas muebles que deben consignarse en el domicilio del acreedor (artículo 1209). En este caso, la constitución en mora del acreedor se realizaría empleando el sistema de la consignación judicial.

El segundo tipo de oferta es una interpelación intimando al acreedor a cooperar. Se aplica cuando las cosas muebles han de entregarse en lugar distinto del domicilio del acreedor, consistiendo en una intimación a éste para que las reciba (artículo 1209). También, cuando la oferta consiste en una obligación de hacer, intimando al acreedor a que reciba la prestación, o cumpla los actos necesarios para que sea posible el cumplimiento de la obligación (artículo 1217). Estos casos son ejemplos de la constitución en mora del acreedor mediante el sistema de las ofertas reales.

3276 De Ruggiero, Roberto y Fulvio Maroi. *Op. cit.*, pp. 97 y 98. Citados por Bicedma Schadewaldt, Alejandro M. *Op. cit.*, pp. 88 y 89.

De esta manera, se aprecia que en el Derecho italiano existen los dos sistemas de constitución en mora del acreedor: en algunos casos será de aplicación el sistema de las ofertas reales, y en otros el de la consignación judicial.

De lo expresado se infiere que en el Derecho peruano se ha optado por el sistema de las ofertas reales para constituir en mora al acreedor, ya que el artículo 1338 del Código Civil dispone que «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 obligación».

No obstante, debemos dejar sentado que sí resultaría posible en el Perú el constituir en mora a través del mecanismo del pago por consignación, pero para tal efecto remitimos al lector al desarrollo del tema en este tratado[3277].

2.12. La mora y el lugar donde se debe efectuar el pago

Resulta imprescindible analizar las implicancias jurídicas y prácticas que sobre el tema de la mora y el lugar de pago se derivan de nuestra legislación, con la finalidad de adoptar una posición orgánica en torno al sistema idóneo de constitución en mora que debería imperar como regla general en el ordenamiento jurídico peruano.

Como se recuerda, en lo que respecta al lugar de pago, el artículo 1238 del Código Civil establece lo siguiente:

> 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.

Como se aprecia, la ley peruana establece que el pago debe verificarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no corresponde al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago.

La ley, sin embargo, prevé excepciones respecto a dicho principio general.

En primer término, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar como lugar de pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece, obviamente, la libertad contractual o de configuración interna.

Se trataría del caso en que las partes hubieran designado, soberanamente, el lugar donde debe cumplirse la obligación. Esta designación puede efectuarse al momento de contraerse la obligación o posteriormente, aun cuando la norma

3277 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

establezca que el lugar del pago sea el previsto por la ley, pues el artículo 1238 del Código Civil no es imperativo, sino simplemente supletorio (norma dispositiva).

A renglón seguido se prevé como lugar de pago aquel que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la obligación.

Si se tratase, por ejemplo, de transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de ser desplazado, el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio. Ni siquiera sería imaginable, en esta hipótesis, el pacto en contrario, pues él determinaría la imposibilidad de realizar el pago (salvo que se tratara de un pago ficto, naturalmente).

La situación sería diferente respecto a la transferencia de la posesión de un bien mueble desplazable, hipótesis en la cual regirían, alternativamente, las reglas previstas por el artículo 1238 del Código Civil.

La ley se refiere, a continuación, a lo que denomina «naturaleza de la obligación». Esta expresión usualmente se confunde con aquella otra que recibe el nombre de «circunstancias del caso».

En opinión nuestra, las «circunstancias del caso» se encuentran íntimamente vinculadas con «la naturaleza de la obligación».

Puede criticarse la redundancia en el empleo de ambas expresiones, pero finalmente la interpretación dependerá del modo en que la obligación fue constituida y de la forma en que ella deberá 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 aclaración alguna.

El legislador de 1984 ha sido —como correspondía— escueto en el tratamiento del caso en que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor, pues sólo prevé —en la parte final del último párrafo del artículo 1238— que si el acreedor hubiese designado varios lugares, el deudor puede elegir cualquiera de ellos.

Por otra parte, si se estipulara 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 entera voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo domicilio o en el nuevo.

El único problema de interpretación que podría suscitarse es el contenido en la expresión «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor [...]». Pero insistimos en que elementales razones de lógica jurídica determinan que la ley peruana aluda 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.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El deudor no podría unilateralmente variar de domicilio y decidir, por sí y ante sí, que el pago se efectúe en su nuevo domicilio.

Imaginemos, para ilustrar la hipótesis, que el deudor se obliga a entregar al 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 Iquitos, en plena selva amazónica. Llegado el día de vencimiento de la obligación, el deudor pretende efectuar el pago a su acreedor en Iquitos, cuando el acreedor tiene su domicilio en Lima y va a comercializar dicha flota de camiones en esta ciudad. Ello encarecería y retrasaría la ejecución de 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 si el cambio de domicilio del deudor se produjese a un país extranjero. Aquí entraría en juego, incluso, el pago de los derechos de aduana e importación (aranceles y otros), adicionales a los gastos de transporte y al mayor tiempo en que realmente quedaría cumplida la obligación.

Podemos añadir a lo expresado que en sede de Derecho Internacional privado, el artículo 2095 del Código Civil establece que a falta de ley expresamente elegida por las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. De este modo, si el lugar de cumplimiento fuese el domicilio del deudor, ¿podría este último variarlo inconsultamente, modificando en forma unilateral la ley aplicable?

Cabe anotar, por último, que el artículo 1238 del Código Civil no recoge la integridad de supuestos que acerca del domicilio prevé el propio Código. Ello es correcto, pues el precepto no podría ingresar al tratamiento de todos los casos relativos al domicilio que se hallan consignados en otras normas del Código[3278].

Luego de haber recordado lo relativo al lugar donde debe efectuarse el pago, corresponde analizar sus efectos respecto a la idónea determinación del sistema de constitución en mora.

Al establecer la ley peruana, como regla general, que el lugar de pago es el domicilio del deudor, el acreedor deberá concurrir a dicho domicilio para cobrar su crédito. Tal concurrencia, a fin de cobrar, constituiría en mora al deudor si éste no pagara y se presentaran las demás causas previstas por la ley para que esto ocurra.

Por tal razón, en aquellos casos en los que no se pacte en contra de la regla general, no parecería posible la aplicación del sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* sino sólo el sistema de constitución en mora con interpelación o mora *ex personae.*

3278 Para mayor información sobre el tema, remitimos al lector a lo expresado al analizar el lugar de pago.

De acuerdo con la regla general sobre el lugar del pago que hemos analizado, difícilmente podría adoptarse la mora *ex re,* también como regla general, para la constitución en mora del deudor. Este cambio implicaría efectuar otros para que el tema funcionara con una adecuada sistemática.

En el supuesto de que las partes hubieran acordado que el pago se realice en el domicilio del acreedor, la aplicación del sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re* sería inobjetable, pues si el deudor no comparece en el domicilio del acreedor para cumplir su obligación, incurriría, de presentarse las otras causas previstas por la ley, en mora.

En síntesis, somos de la opinión que en caso de que el legislador decidiera optar por implantar el sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* como regla, también debería evaluar y modificar la norma general relativa al lugar donde debe efectuarse el pago, esto es, el artículo 1238 del Código Civil, con la finalidad de conservar la coherencia y armonía requeridas.

Por ello, en tal caso, la norma deberá disponer como principio general que el pago se efectúe en el domicilio del acreedor y no en el del deudor.

Así se lograría un funcionamiento lógico entre ambos dispositivos: el pago en el domicilio del acreedor —como regla—, por un lado, y la mora *ex re* —como regla— por el otro.

Planteamos estas consideraciones como un mero ejercicio académico, sin que ello implique que nos manifestemos como partidarios de modificar el actual sistema del Código Civil, que nos parece justo y arraigado en la conciencia colectiva.

Por otra parte, y continuando con nuestro ejercicio académico, corresponde estudiar cuáles serían las consecuencias que acarrearía el establecimiento de un régimen de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* en caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor, y el acreedor no concurra a éste para cobrar su crédito. Nos preguntamos si tal situación debería entenderse como constitutiva de situación moratoria en perjuicio del deudor.

Al respecto, Moisset de Espanés y Pizarro[3279] consideran que «En las obligaciones a plazo determinado, cierto e incierto, que deben ser cumplidas en el domicilio del deudor, la mora se produce automáticamente, siempre que el acreedor demuestre haber concurrido al domicilio de aquél, en la fecha convenida, a los efectos de prestar la colaboración indispensable para que el deudor cumpla. Si el acreedor no prueba haber cumplido con esta exigencia, no habrá mora».

Por lo expuesto, los autores citados entienden que, al consistir la mora en una situación de retardo culpable, no es posible reprochar al deudor la falta de

3279 Moisset de Espanés, Luis y Ramón Daniel Pizarro. «Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones». En *El Derecho*, tomo 72, pp. 791-797.

cumplimiento de su obligación, en tanto el acreedor no haya cumplido con realizar sus respectivos actos de colaboración para que se obtenga la ejecución de la prestación por parte del deudor.

Por tal motivo, agregan, si la obligación debía cumplirse en el domicilio del deudor, aunque el acreedor lo interpelase por medio de un «telegrama colacionado», sin hacerse presente en el lugar convenido, no habría mora porque no hay imputabilidad en el incumplimiento del deudor.

Finalmente, dichos autores estiman que en el supuesto de que el acreedor haya concurrido al domicilio del deudor en la fecha señalada para el cumplimiento de la obligación y, a pesar de ello, el deudor no le hubiese pagado, el acreedor deberá probar haberse hecho presente en el lugar de pago, con lo que la mora automática se producirá de inmediato, a pesar de no haber interpelado formalmente al deudor.

En esta línea de pensamiento se hallan Cazeaux y Trigo Represas[3280], quienes entienden que el deudor deberá acudir al juicio por consignación solamente cuando aspire a liberarse de una obligación, pero una situación es librarse de una obligación y otra de la mora. Para librarse de esta última situación, al deudor sólo le bastará con demostrar que el acreedor no prestó la colaboración necesaria para que se efectivizara el cumplimiento. Asimismo, la falta de colaboración de parte del acreedor puede ser apreciada como un comportamiento negativo, susceptible de desencadenar, inclusive, la mora del acreedor.

Compartiendo esta posición doctrinaria, López de Zavalía[3281] sostiene que si el acreedor no se presenta, el deudor no caerá en mora. Sin embargo, no estará en mora no porque falte la interpelación, pues «interpelado estará por el almanaque, ya que la inexorabilidad de los días que transcurren se marca tanto en el domicilio del deudor como del acreedor y sus hojas caen igualmente en uno y otro lugar, sino porque no estará en culpa». Así, nunca debemos olvidar que la mora es siempre un retraso culpable.

Al respecto, Moisset de Espanés y Pizarro[3282] agregan que la solución es idéntica cuando el domicilio donde deba cumplirse la obligación es el del acreedor. Éste tiene el deber de colaborar con el deudor recibiendo la prestación en la fecha estipulada. Asimismo, si el deudor concurre al domicilio y no lo encuentra, la mora del deudor no se producirá.

Agregan los citados autores que, sin embargo, existirán diferencias en torno a la carga de la prueba en uno y otro supuesto. En este sentido, si el lugar de pago

3280 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, p. 222.

3281 Fernando J. López de Zavalía citado por Moisset de Espanés, Luis y Ramón Daniel Pizarro. *Op. cit.*, p. 794.

3282 *Idem.*

es el domicilio del deudor, será el acreedor quien deberá demostrar haber concurrido el día del pago a ese lugar, pues lo contrario implicaría someter al deudor a la casi imposible carga de probar un hecho negativo (lo que en Derecho Procesal se conoce con el nombre de «prueba diabólica»). En contraste, cuando el domicilio de pago es el del sujeto activo, será el deudor quien deberá acreditar que concurrió en la fecha pactada a materializar el pago de su deuda y no encontró al acreedor o a su representante.

Se puede apreciar que la solución que se plantea al problema implica una situación en la que el acreedor debe probar haber concurrido al domicilio de su deudor, con la finalidad de que pueda operar la mora automática; lo que definitivamente significa quitarle todas las bondades al sistema de constitución en mora sin interpelación o mora *ex re,* ya que lo fundamental aquí es que el solo paso del tiempo interpele por el hombre.

Entonces, al exigirse al acreedor probar su colaboración de asistencia al domicilio del deudor para gozar de los beneficios de la mora automática, el ordenamiento jurídico estaría otorgando la posibilidad de que los beneficios de la mora sin interpelación se diluyan, con lo que su esencia como instituto jurídico se vería seriamente distorsionada, lo que, finalmente, significaría vaciar el contenido de esta institución.

En realidad, establecer un régimen de constitución en mora sin interpelación y mantener, al mismo tiempo, el principio de que el lugar de pago se realice en el domicilio del deudor, conlleva necesariamente eliminar la utilidad y finalidad práctica de la mora automática, lo que conduce a pensar que esta regulación carecería de trascendencia social.

Ello resultaría contradictorio, sobre todo si tomamos en cuenta que el Derecho debe responder a la realidad y a las necesidades sociales y no ser un obstáculo para la idónea solución de los problemas.

2.12.1. Algunas reflexiones en torno al principio favor debitoris, como justificación para mantener el principio general del domicilio del deudor como lugar del pago

El principio *favor debitoris,* según Hedemann[3283], constituye una modalidad especial del equilibrio social, plasmado en lo que puede denominarse el sentido humano del Derecho de las Obligaciones; con ello alude a la benevolencia encaminada a la protección jurídica del deudor.

Este principio también se sustenta en que el deudor es la parte económicamente más débil de la relación obligacional.

3283 Hedemann, Justus Wilhelm. *Op. cit.,* volumen III, p. 176.

Al respecto, Moisset de Espanés[3284] considera que en virtud del principio *favor debitoris* se entiende que «en los casos dudosos debe protegerse al deudor por ser la parte más débil en la relación jurídica obligatoria».

Dicho autor cita algunas normas que han plasmado este principio en el Derecho argentino, entre las cuales se *hallaba* el artículo 747 del *hoy derogado* Código Civil de ese país, del texto siguiente[3285]:

> Artículo 747.- El pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligación. Si no hubiese lugar designado, y se tratase de un cuerpo cierto y determinado deberá hacerse donde éste existía al tiempo de contraerse la obligación. En cualquier otro caso, *el lugar del pago será el del domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación*» (la cursiva es nuestra).

En este sentido, Moisset de Espanés[3286] considera que el principio *favor debitoris* opera imponiendo al acreedor una conducta previa, que consistiría en trasladarse al domicilio del deudor a recibir la prestación, con lo que se ahorra al deudor un desplazamiento, e incluso los gastos en que podría incurrir para transportar las cosas objeto de la prestación.

El autor citado señala que la jurisprudencia y doctrina mayoritarias de su país parecen olvidar la razón de ser de los dispositivos legales que fijan con carácter supletorio el domicilio del deudor como lugar de pago, y dice: «Si usted permanece en su casa esperando la concurrencia del acreedor, tendrá que probar que éste no concurrió durante todo el día del vencimiento [...]». —¿Habrá quizás, como insinuaba Jorge Alterini, que mantener sentados en la puerta de calle un par de testigos o un escribano, todo el día?—. «Y si el acreedor no concurre deberá consignar de inmediato, de manera que el deudor, además de mantenerse en vigilia todo el día, con testigos que puedan dar fe de la inasistencia de la otra parte, tendría que trasladarse al día siguiente al domicilio del acreedor [...]».

Así la norma estaría haciendo mucho más gravosa la condición del deudor.

Agrega que lo cierto es que si el lugar de pago fuese el domicilio del acreedor, u otro lugar cualquiera, al deudor le bastaría con probar el hecho positivo de su concurrencia al lugar designado; en cambio, si no estableció un sitio especial para el pago, y la ley pretende favorecer al deudor diciendo que dicho pago debe efectuarse en su domicilio, ¿acaso tiene el deudor que obrar con mayor diligencia, y tomar precauciones adicionales, para evitar el perjuicio que puede ocasionarle la falta de colaboración de un acreedor de mala fe?

ESTUDIO MARIO ALTERINI & ASOCIADOS

3284 Moisset de Espanés, Luis. *Mora y lugar de pago en el Derecho Laboral. Crónica forense.* Segunda época, año III, n.° 48, mayo-junio, 1983, pp. 9-12.

3285 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3286 Moisset de Espanés, Luis. *Mora y lugar de pago en el Derecho Laboral. Crónica forense. Op. cit.*, pp. 2 y 5.

Obviamente, la respuesta que da al tema Moisset de Espanés es en sentido negativo.

En adición a lo expuesto, dicho jurista considera que en un fallo de la Sala Laboral del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, pareció aceptarse la doctrina correcta, pues se afirmó que si el acreedor no prueba su colaboración, es decir, haberse presentado a cobrar en el domicilio del deudor, no habrá mora de este último, interpretación que no estaría en pugna con el principio *favor debitoris*.

Por nuestra parte, y en lo que respecta al Derecho peruano, pensamos que puede criticarse con fundamento la aplicación del principio *favor debitoris* al caso que nos ocupa. Tal vez con el ánimo de favorecer al deudor, se le esté perjudicando en algunos aspectos, lo que desde luego no nos conduce a sostener que el *favor debitoris* se convierta en un *favor creditoris*.

En esta obra hemos cuestionado la justificación que se da al principio *favor debitoris,* pues hoy en día no se observa necesariamente una supuesta desventaja del deudor con respecto al acreedor.

En la realidad se aprecian numerosos casos en los cuales la superioridad económica del deudor, respecto al acreedor, es evidente. Por ejemplo, cuando el deudor es una gran empresa, con un enorme capital, y el acreedor un pequeño empresario. Ahí es evidente que la ventaja económica la tiene el deudor, con lo que se desvirtúa la supuesta preeminencia del acreedor, y este tipo de relación es usual, no constituyendo supuestos aislados.

Además, siendo la inmensa mayoría de contratos con prestaciones recíprocas, en todos ellos, cada parte será deudora de unas obligaciones y, también, acreedora de otras[3287].

Podemos concluir, por lo tanto, que el fundamento del principio *favor debitoris* ha sido ampliamente superado por la propia realidad.

- De ello se desprende que la determinación del lugar de pago no puede depender de la supuesta desventaja económica del deudor ante el acreedor.

Por tales razones *no compartimos*[3288] los argumentos que hemos reseñado para sustentar el principio *favor debitoris*.

2.12.2. Algunas consideraciones finales en torno al sistema idóneo de constitución en mora. Nuestra opinión al respecto

Respecto a la determinación de qué sistema de constitución en mora es el óptimo, expresa Moisset de Espanés[3289], con las reservas a las que luego aludimos, que la

3287 Texto correspondiente a la tercera edición.

3288 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3289 Moisset de Espanés, Luis. *La mora en el Código Civil de Perú de 1984.* Ponencia presentada al Congreso celebrado en conmemoración de los diez años del nuevo Código Civil del Perú. Lima, septiembre de 1994, p. 5.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

mora automática es el régimen de constitución en mora más idóneo, pues entiende que «La mora *ex personae* choca con los requerimientos del comercio, donde la celeridad de los negocios impone como necesidad casi ineludible la mora automática; y también en el ámbito civil los procesos de inflación que sufren la mayor parte de los países del mundo occidental, especialmente cuando se presentan picos agudos, tornan muy gravosa para el acreedor cualquier demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Estas circunstancias, sumadas a la conveniencia de unificar el Derecho Privado, estableciendo normas aplicables tanto a las obligaciones civiles, como a las comerciales, nos inclinan a pensar que debe reemplazarse la interpelación por sistemas que consagren la mora automática del deudor, cuando se ha determinado el plazo de cumplimiento de la obligación».

En esta línea de pensamiento también se ubica Wayar[3290], quien considera que el sistema de constitución en mora que convierta a la interpelación en requisito imprescindible conspira contra la evolución de cualquier patrimonio, pues implica un freno al ejercicio y realización de los derechos, al supeditar todo movimiento patrimonial a la previa actividad del acreedor. Igual defecto acusa la tesis que pretende imponer al acreedor la carga probatoria, ya que contraría la dinámica con que debe funcionar todo patrimonio (individual o colectivo) en la sociedad de nuestros días.

Nosotros no desconocemos, por cierto, que la importancia de la mora *ex re* o mora automática en las obligaciones cuyo plazo es determinado, fijo o cierto, radica en constituir un instrumento útil para incentivar el cumplimiento oportuno de las obligaciones, pues si el deudor se demora en pagar no se necesitará del requerimiento del acreedor para que se configure la mora, en la medida en que el solo paso del tiempo interpelará por el hombre.

Es verdad, por lo demás, que en el contexto económico actual resulta indudable que las transacciones comerciales exigen que las partes se comporten con diligencia y celeridad. El requerimiento de la interpelación para constituir en mora al deudor podría ocasionar perjuicios al acreedor.

Podría afirmarse que si las partes, al momento de celebrar el contrato, decidieron establecer un plazo determinado, cierto o fijo, para el cumplimiento de la obligación, no existen razones para presumir que el incumplimiento no originará perjuicio alguno al acreedor. Es lícito pensar que en estos casos el retraso en la ejecución de la prestación sí ocasionará perjuicios al acreedor.

Cabe recordar, como ya lo expresáramos, que si el legislador optara por ese camino, esto es, el de consignar la mora automática, resultaría necesario adaptar el artículo 1238 del Código Civil, que determina como regla que el lugar de pago es el domicilio del deudor.

3290 Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora. Op. cit.*, p. 486.

No obstante lo expuesto, queremos dejar constancia expresa, por tradición jurídica y por conciencia de la colectividad, que compartimos plenamente la posición de Luis Moisset de Espanés[3291], cuando expresa que «[...] aunque los juristas suelen sostener con frecuencia que es más perfecto el sistema de la mora automática, y éste sea el camino por el que se inclinan las legislaciones más modernas, no parece advertirse una necesidad imperiosa de modificar las leyes que consagran la mora *ex personae,* salvo que se proceda a unificar el Derecho Privado, sobre todo cuando su funcionamiento no provoca soluciones injustas, porque contienen excepciones con suficiente elasticidad como para permitir a los particulares y a los jueces amoldar las relaciones obligatorias a las reales necesidades de la sociedad en que se aplican».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3291 Moisset de Espanés, Luis. *La mora en el Código Civil de Perú de 1984. Op. cit.*, pp. 5 y 6.

MORA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO Y OTROS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA MORA DEL DEUDOR

Artículo 1334.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985.

1. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 1334

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; 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; ni en el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981.

Su único antecedente nacional está constituido por el artículo 1301 del Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984: «En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.— Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1939».

2. ANÁLISIS

Luego de haber estudiado los dos sistemas de constitución en mora, resulta pertinente señalar que existen casos en los que la doctrina discute la posibilidad de que el deudor incurra en mora, sea *ex personae* o *ex re*. En otros casos, y aquí sin debate, o cesa el estado moratorio o no procede la constitución en mora, o sólo puede constituirse en mora a partir de un acto determinado.

En adelante, el análisis del supuesto contenido en el artículo 1334 del Código Civil y otros de los supuestos más representativos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1. Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero

El Código Civil establece en el artículo 1334 que en las obligaciones de dar sumas de dinero, cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda; exceptuando de los alcances de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985.

El artículo 1334 fue incorporado en el Código a propuesta de la Comisión Revisora. Su propósito, según se desprende de su propio texto, es aclarar que en los casos en que se demanda el pago de un monto indemnizatorio, ilíquido, cuya cuantía requiera ser determinada por el juez, por ejemplo, en el caso de un incumplimiento contractual, la mora existe desde la fecha de notificación con la demanda.

Creemos que no existe ninguna razón para interpretar que los alcances del primer párrafo del artículo 1334 del Código Civil no se extiendan a aquellos supuestos en los cuales se constituye en mora de manera extrajudicial.

En ellos, al igual que en los casos en que se constituye en mora por la vía judicial, el deudor deberá pagar los intereses moratorios correspondientes desde la fecha en que fue constituido en mora y, naturalmente, sobre la suma liquidada en la resolución judicial.

La única explicación del precepto, desde luego insatisfactoria, es que se trataría de una suma ilíquida; pero esto no debería determinar la exigencia de interponer una demanda, pues dicha suma continuaría siendo ilíquida hasta que fuera liquidada judicialmente.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 1134 exceptúa de la regla comentada lo dispuesto por el numeral 1985. Este último precepto señala, en su parte final, que el monto de la indemnización por daños y perjuicios extracontractuales devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. La excepción se justifica, puesto que cuando la deuda deriva de acto ilícito, el deudor incurre en mora automáticamente desde que comete el acto dañoso.

Sobre este particular, conviene hacer hincapié que en el caso de los intereses legales que se generan por los actos ilícitos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1985 citado, no se requerirá para el devengamiento de dichos intereses que el deudor sea constituido en mora, en ninguno de sus aspectos, es decir, ni judicial ni extrajudicialmente.

En otras palabras, para que se generen dichos intereses no es necesaria la intimación al deudor (causante del daño). Sólo es necesario que se haya producido el acto ilícito. Ello equivale a que, con independencia de la fecha en que se reclame el pago de la indemnización, el monto de ésta generará intereses legales desde que se produjo el daño.

Finalmente, cabe señalar que de conformidad con la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, publicado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el 28 junio 2008, que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2008, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1334, la referencia a la citación con la demanda se entiende en materia arbitral, a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Sobre este supuesto la jurisprudencia nacional[3292] ha establecido que: «La determinación de la mora y el consiguiente cálculo de los intereses deben establecerse y computarse, respectivamente, en base al monto preestablecido con los documentos sustentatorios anexados a la demanda, corroborados por la pericia a que hace referencia la sentencia recurrida, computándose los intereses desde al intimación al pago y no, como lo estableció el fallo impugnado, desde la citación con la demanda, concluyéndose de ello que el artículo 1334 del Código Civil ha sido indebidamente aplicado».

Por su parte, la Casación n.° 988-2006-Ica señaló lo siguiente sobre la mora en las obligaciones de dar sumas de dinero, «*Sétimo.* Tratándose de una demanda en la que la pretensión es que el banco demandado indemnice a los actores por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de su obligación contractual, cuyo monto deberá ser fijado en la sentencia, resulta de aplicación [...] el artículo 1334 del Código Civil, que establece que en las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda lo que en el caso de autos tuvo lugar el 18 de marzo del 2000, conforme se advierte del cargo de notificación por lo que los intereses deben devengarse partir de esa fecha».[3293]

2.2. Otros supuestos controvertidos en torno a la configuración de la mora del deudor

2.2.1. Obligaciones de no hacer

La posición de la doctrina mayoritaria respecto a la posibilidad de configuración de la mora en las obligaciones de no hacer, considera que aquélla es ajena a esta clase de obligaciones. En tal sentido, se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar[3294].

Al sustentarse esta tesis se aduce que ella constituye la sana doctrina y la regla legislativa uniforme, salvedad hecha del artículo 961 del Código Civil brasileño de 1916, precepto que se refiere expresamente a la mora en las obligaciones de no hacer.

3292 Casación n.° 1685-2005-Lima.

3293 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 1007. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3294 Asume esta postura, entre otros, Fernando Fueyo Laneri (Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 427).

Al respecto, Enneccerus, Kipp y Wolff[3295] advierten que la mora, por su naturaleza, se excluye en cuanto a los deberes de omisión, señalando que ella es propia sólo de las obligaciones de «entregar o hacer alguna cosa». Señalan, sin embargo, el precepto excepcional contenido en el Código de Brasil de 1916.

Se observa, empero, que los propios tratadistas brasileños critican el artículo 961 de dicho Código. Así, Antonio José de Souza Levenhagen[3296] expresa que la doctrina, de modo general, reprueba la norma, porque en las obligaciones de no hacer no se puede hablar de mora o de retraso. Trátase, señala, de inejecución. La obligación no es de hacer sino de omitir. Practicado el acto que la parte se ha obligado a no ejecutar, queda configurada la infracción. No cabe, por lo tanto, la sanción por mora, porque no hubo demora ni retraso. Existe, simplemente, una infracción a lo pactado desde el momento en que se practica el acto positivo que no debía ejecutarse.

En consecuencia, el resarcimiento corresponde a la inejecución y no al retraso. Para que se configure la inejecución no será necesaria la notificación o interpelación previa. Practicado el acto positivo, automáticamente se configurará la infracción de la obligación negativa.

Tal infracción en las obligaciones de no hacer, añade el autor citado, constituirá necesariamente una inejecución parcial o total. Podría, según la naturaleza de la prestación, volverse las cosas a como eran antes de la infracción o no. Pero en ningún caso sería lícito hablar de retraso, elemento esencial en la mora del deudor.

En esta línea de pensamiento se halla Manuel Albaladejo[3297], quien considera que la mora sólo es posible en las obligaciones de dar o de hacer, ya que en las de no hacer, la realización de lo prohibido constituye incumplimiento y no retraso[3298]. El Código Civil español contempla como casos de mora a los «obligados a entregar o hacer alguna cosa». Y, por ejemplo, el artículo 1222 del Código Civil italiano llega a decir explícitamente que «Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de ésta, constituye de por sí incumplimiento».

Larroumet[3299], por su parte, señala que el artículo 1445 del Código Civil francés admite que en caso de inejecución de una obligación de no hacer, el solo

3295 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 51.

3296 Levenhagen, Antonio José de Souza. *Op. cit.*, p. 120.

3297 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 185 y 186.

3298 En el mismo sentido, José Puig Brutau (Puig Brutau, José. *Op. cit.*, pp. 488 y 489) precisa que es necesario, para la aplicación del artículo 1100 del Código Civil español, que la prestación que ha de realizar el deudor sea de contenido positivo, esto es, que se trate de una obligación de dar o de hacer. En las obligaciones de contenido negativo, o de no hacer, todo retraso en el cumplimiento es al mismo tiempo un efectivo quebrantamiento de lo debido. Como dice el mismo artículo, incurren en mora «los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación».

3299 Larroumet, Christian. *Op. cit.*, volumen II, p. 102.

hecho de la contravención obliga al deudor a la reparación, sin que sea necesario constituirlo en mora. Si yo me comprometo a no hacerle competencia a alguien, y no cumplo con mi obligación, no se ve en qué podrá ser útil para mi acreedor constituirme en mora para obtener el pago de daños y perjuicios, puesto que ya se ha consumado la inejecución.

Dentro de esta corriente de pensamiento se encuentra La Cruz Berdejo[3300], quien opina que el retraso en cumplir una obligación sólo se produce en relación a las obligaciones positivas: las negativas se cumplen o incumplen, pero no se cumplen tarde.

Lo que algunos llaman cumplimiento tardío de una obligación negativa, afirma el autor, como sería el dejar de ejercer el comercio de un determinado ramo en cierta población, se resuelve, si se tarda en ello más de lo previsto, en infracción de una obligación positiva (cerrar el comercio, que continúa abierto después de la fecha pactada).

Josserand[3301] también expresa que en las obligaciones de no hacer, quien contraviene un compromiso de esa naturaleza debe daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención, no configurándose un supuesto de mora del deudor.

Posición contraria a la expuesta fue sostenida en el Perú por el profesor Carlos Cárdenas Quirós[3302], quien trabajó su tesis efectuando, en primer término, una distinción en torno a las posibilidades de que se configure la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer, en función a la clase de la prestación de no hacer de que se trate.

Así, nuestro colega considera que en el caso de las obligaciones en las que la prestación de no hacer está dada por una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no hay duda de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer, entonces se estará ante un caso de incumplimiento, razón por la cual no se podría configurar la mora.

En cambio —continúa Cárdenas—, cuando se trata de aquellas prestaciones cuya ejecución se extiende en el tiempo continuamente, resulta necesario distinguir los casos, sea que impliquen seguir con una situación de pasividad o suspender o interrumpir una situación de actividad. Así, en la primera hipótesis, la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer, constituiría un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el supuesto de que se trate.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3300 Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Barcelona: María Bosch Editor, 1995, volumen I, pp. 184 y 185.

3301 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 50.

3302 Cárdenas Quirós, Carlos. «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer». En *Thémis*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 12. Lima, 1988, pp. 72-77.

En este sentido —señala Cárdenas—, habrá incumplimiento cuando la ejecución del hecho, en contravención de lo pactado, signifique la frustración definitiva del interés del acreedor. Ejemplo de esto sería el caso en el cual el deudor revela el secreto que se había obligado a no difundir.

En contraste, será sólo un caso de cumplimiento parcial o defectuoso, siempre que sea factible la destrucción de lo hecho o resulte posible la ejecución forzada, y la realización de la prestación aún sea de utilidad para el acreedor. Cita como ejemplo, si el deudor se obligó a no continuar levantando una pared a más de cierta altura y hace lo contrario, caso en el cual el acreedor puede obtener la ejecución forzada de la prestación y la satisfacción de los daños y perjuicios correspondientes.

Sin embargo, precisa que una situación distinta a la descrita se suscita tratándose de las abstenciones que consisten en suspender o interrumpir una actividad, es decir, empezar a no hacer algo. En tales hipótesis, la mora sí es posible, en la medida en que, a pesar del retraso en iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento.

De esta manera, si el deudor se obliga a partir de determinada fecha a no continuar suministrando cierto tipo de bienes en determinada zona, y durante un tiempo determinado no inicia la conducta omisiva, podrá ser constituido en mora. De modo que si transcurre el tiempo, se configurará un caso de retraso en el cumplimiento, en tanto la ejecución aún sea posible y útil para el acreedor. En tal supuesto, el acreedor reclamará el cumplimiento de la abstención prometida, así como la satisfacción de los daños y perjuicios moratorios irrogados.

Cárdenas agrega que si el deudor cumpliese con la ejecución de la abstención prometida en el plazo pactado, pero durante el transcurso de éste interrumpiese dicha abstención, se producirá un supuesto de cumplimiento parcial, pudiendo el acreedor exigir la ejecución forzada, siempre que el cumplimiento de la prestación fuera todavía útil para él.

Por otro lado, señala que si la abstención duradera fuese de carácter periódico, para establecer si cabe que se configure o no la mora, habrá que analizar si se trata de una circunstancia única, que debe producirse en ocasiones, o de un comportamiento omisivo que no tiene esa calidad[3303].

En la situación propuesta en primer término, la violación de la abstención en una oportunidad, no necesariamente afectará las restantes prestaciones singulares. En ese sentido, Cárdenas cita un ejemplo propuesto por el profesor argentino René

3303 Cabe señalar que las ideas del profesor Cárdenas se encuentran inspiradas en el pensamiento del profesor Moisset de Espanés. Ver: Moisset de Espanés, Luis. «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer». En *Documentación Jurídica*, n.° 14. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentos y Publicaciones, Madrid, abril-junio, 1977, p. 390.

Padilla[3304]: «La obligación de no concurrir a los actos patrióticos del 9 de julio durante 5 años». Indica Padilla que si el deudor incumple la obligación el primer año o en otro posterior, ello supondrá la inejecución total de esa prestación singular. La mora estará excluida debido a la modalidad de ejecución de la prestación.

En cambio, Cárdenas sostiene que, si el deudor se ha comprometido a no hacer algo durante periodos con intervalos de tiempo, sin agotarse la prestación de forma inmediata, la mora puede presentarse respecto de cada prestación singular, si el deudor no cumple con hacerlo a partir del término inicial pactado, siempre que se trate de situaciones que impliquen empezar a abstenerse. En este supuesto, concluye señalando que, si bien es cierto que la prestación es de ejecución duradera periódica, su cumplimiento debe extenderse durante un lapso que permita el funcionamiento de la mora.

En esta línea de pensamiento se halla Raúl Cuentas[3305], quien considera que en la actualidad es posible admitir la mora en las obligaciones de no hacer, siempre que se trate de un acto de ejecución continuada como, por ejemplo, si un comerciante se compromete a no pasar un *spot* publicitario en ningún medio de comunicación por el término de treinta días, pero éste da su autorización para que salga a publicidad en los primeros diez días, y así recién a partir del undécimo día cumple la obligación; caso en el cual evidentemente hay un retardo en el cumplimiento de la obligación de no hacer, que en este caso es imputable al comerciante deudor por dolo o culpa.

Cuentas estima, asimismo, que en el ejemplo citado podría aplicarse el artículo 1333 del Código Civil vigente, por cuanto el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación de no hacer al deudor, requiriéndolo para que suspenda el *spot* publicitario en los días restantes hasta la fecha señalada; pero si esta suspensión tardía resultase sin utilidad para el acreedor, será de aplicación el artículo 1337 del Código Civil.

Agrega, sin embargo, que en los actos de ejecución instantánea no es posible la mora en las obligaciones de no hacer, como por ejemplo el artista que se había comprometido a no aparecer en determinada escena y apareció, o un carpintero que se compromete a no hacer una determinada obra y la hace. En estos supuestos, naturalmente, la inejecución se ha producido y no admite otra solución que la de exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios; en esos casos la mora no se aplica por tratarse de actos de ejecución instantánea, pues todo hecho efectuado constituye, de por sí, inejecución, lo que no ocurre en los actos de ejecución continuada, en los cuales se puede producir la mora del deudor.

3304 René Padilla, citado en CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer». *Op. cit.*, p. 75.

3305 CUENTAS, Raúl. «La mora en las obligaciones de no hacer». En diario oficial *El Peruano*. Lima, 12 de agosto de 1997, p. B-9.

Por su parte, López Cabana[3306], en similar línea conceptual, expresa que es preciso reconocer la existencia de algunas obligaciones de no hacer que admiten un incumplimiento temporal, como la violación de la abstención prometida, si consistía en suspender una actividad, o continuar una inactividad, en las que tiene sentido aplicar las reglas de la mora; en las demás, que implican un incumplimiento definitivo e irreparable, no es adecuado sostener que es necesaria la interpelación para hallar incurso en mora al deudor. La reparación subroga, sin más, la prestación incumplida, y queda descartado el examen de la previa constitución en mora.

Como se recuerda, posición contraria a la expuesta es sostenida por Albaladejo[3307], quien considera que si se acepta la mora en algunas obligaciones de no hacer, sería por conceptuar erróneamente como de no hacer alguna obligación que es realmente de hacer.

Cita como ejemplo el caso en el cual A, que tiene funcionando un comercio que compite con el de B, se obliga hacia éste a no ejercer cierto tipo de actividad durante un año —tiempo en el que B confía hacerse una clientela—, que deberá computarse a partir del próximo mes. La fecha llega y A aún no cesa en su ejercicio, retrasando, de esta manera, el cumplimiento de su obligación, que luego le será exigida a través de la imposición de un año de inactividad, computado a partir de la fecha del comienzo efectivo de ésta. En tal sentido, puntualiza Albaladejo, podría pensarse que hay demora de una obligación de no hacer —la de no ejercer aquella actividad comercial—; pero sería erróneo, porque lo que se retrasa es el cierre del establecimiento (conducta positiva, obligación de hacer).

Como sabemos, en esta línea de pensamiento se halla también La Cruz Berdejo[3308], quien piensa que lo que algunos llaman cumplimiento tardío de una obligación negativa, como sería el dejar de ejercer el comercio de un determinado ramo en cierta población, se resuelve si se tarda en ello más de lo previsto, en infracción de una obligación positiva (cerrar el comercio, que continúa abierto después de la fecha pactada).

Con respecto al tratamiento normativo en el Perú, en torno a la posibilidad de la configuración de mora del deudor en las obligaciones de no hacer, el Código Civil de 1984 prescribe en su artículo 1160 que «Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157».

La remisión al primer párrafo del artículo 1154, excluyendo la aplicación del segundo párrafo del mismo precepto que se refiere a la mora del deudor en las obligaciones de hacer, revelaría la intención del legislador de excluir la mora en las obligaciones de no hacer.

3306 López Cabana, Roberto. *La demora en el Derecho Privado*. Buenos Aires: 1989, pp. 181 y 182.
3307 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 185 y 186.
3308 Lacruz Berdejo, Luis. *Op. cit.*, volumen I, p. 185.

No cabe duda, por ello, de la posición legislativa de los autores del Código Civil vigente.

Por lo demás, el artículo 1333 confirma esta tesis, pues sólo considera como supuestos de mora los referidos a las obligaciones positivas, es decir, a las obligaciones de dar o de hacer, sin mencionar las obligaciones negativas, esto es, las de no hacer[3309].

Como podrá apreciar el lector, hasta este punto nos hemos limitado a recordar lo que la doctrina y la legislación de nuestra tradición jurídica señalan con respecto a la eventualidad de la constitución en mora en las obligaciones de no hacer.

Adicionalmente, hemos recordado la posición asumida por el legislador peruano de 1984 en el sentido de estimar la inexistencia de mora en dicho tipo de obligaciones.

En este punto nos corresponde emitir opinión sobre el particular.

Son claros los argumentos de la doctrina a favor y en contra de la posible existencia de mora en las obligaciones de no hacer. Creemos, por lo demás, que tanto unos como otros basan sus razonamientos en ejemplos que resultan idóneos para cada posición adoptada.

Así, es evidente que no podría haber mora en una obligación de no hacer, si dicha obligación consistiera en guardar un secreto. Si el deudor revelara el secreto se produciría el incumplimiento total de dicha obligación, no habiendo lugar a la posibilidad de que el acreedor constituya en mora al deudor, habida cuenta de que ya se habría producido la inejecución o incumplimiento total de la prestación.

Resulta obvio que la mencionada prestación habría devenido en inútil; y, como se recuerda, uno de los requisitos para que exista mora es que el cumplimiento futuro de la prestación todavía resulte de utilidad para el acreedor. De no resultar útil, mal podríamos hablar de mora; sólo restaría hablar de incumplimiento definitivo de la obligación.

Por otra parte, quienes sustentan la existencia de mora en las obligaciones de no hacer, proponen ejemplos de obligaciones de duración o de tracto sucesivo, como podría ser el caso de una empresa que se obliga a no suministrar determinados productos a ninguna otra, sino solamente a favor del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3309 Esta afirmación se pone en evidencia en el texto del artículo 1333, ya que en la única parte de este precepto en que se hace referencia a la naturaleza de la obligación, se expresa lo siguiente: «[...] No es necesaria la intimación para que la mora exista: [...]. 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de *entregarse el bien,* o *practicarse el servicio,* hubiese sido motivo determinante para contraerla». (La cursiva es nuestra).

En este tipo de obligaciones, resulta claro que la eventualidad de una ausencia de cumplimiento inmediato, o en algún lapso del plazo contractual establecido, no necesariamente determinará que se haya producido un incumplimiento de carácter definitivo o absoluto.

Será claro que en estos casos el acreedor podrá conservar todavía interés en que se comience a cumplir, aunque sea de manera tardía o, incluso, en que se cumpla la obligación de modo parcial.

Dentro de tal orden de ideas, en la medida en que no se habría perdido el elemento de la utilidad en el cumplimiento futuro, aunque tardío, de la obligación, sería posible pensar en una eventual constitución en mora del deudor.

De otro lado, debemos recordar que, sobre este tema, nuestro ordenamiento jurídico, en materia procesal, da algunas luces.

Respecto a los procesos de ejecución, el Código Procesal Civil de 1993, posterior al Código Civil de 1984, toma en cuenta el caso de las obligaciones de no hacer, al prescribir en su artículo 694 que «[…] Se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones: 1. Dar; 2. Hacer; y 3. *No hacer*» (la cursiva es nuestra).

El precepto citado se complementa con una normativa especial para los casos de ejecución de las obligaciones de no hacer, prevista por los artículos 710, 711 y 712. Por ejemplo, el artículo 711 establece que «El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que en el plazo de diez días deshaga lo hecho y, de ser el caso, se abstenga de continuar haciendo, bajo apercibimiento de deshacerlo forzadamente a su costo.— Vencido el plazo, el Juez hará efectivo el apercibimiento».

De lo expuesto puede deducirse una modificación a lo dispuesto por la normativa civil en virtud de lo prescrito por la normativa procesal civil, pues en la primera no se contempla la aplicación de la mora del deudor en las obligaciones de no hacer y en la segunda sí se permite expresamente la ejecución forzada de este tipo de obligaciones, con lo que se aceptaría —implícitamente— la configuración de la mora del deudor en algunas obligaciones de no hacer.

Obviamente, se trata de aquellas obligaciones en las que resulte factible la ejecución de la prestación negativa, aunque sea parcial o tardíamente, por no consistir en una obligación con prestación de no hacer de ejecución instantánea y subsistir el interés del acreedor en el cumplimiento de dicha obligación.

En conclusión, del análisis del Código Procesal Civil se aprecia que, en la práctica, el acreedor puede hacer valer su derecho de crédito en cierto tipo de obligaciones de no hacer, con lo que se establece la aplicación implícita de la mora del deudor en estos supuestos, a pesar de que en la normativa civil no se contemple ni expresa ni tácitamente la posibilidad de configuración de la mora en esta clase de obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.2. Obligaciones de hacer o de dar, cuando resulta demasiado tarde para ejecutarlas

Respecto de este tema, Josserand[3310] anota que no hay lugar a constitución en mora en las obligaciones de hacer o de dar, pero sólo en los términos del artículo 1146 del Código Civil francés, es decir, cuando ya resulta demasiado tarde para ejecutarlas. Así, no se puede, cuando un artista ha faltado a su palabra y no ha participado en las representaciones para las que había sido contratado, requerirlo para que ejecute una obligación, cuya violación o incumplimiento es definitivo.

Por tanto, la mora es extraña a las obligaciones de dar cuando al tiempo de vencimiento de la obligación es imposible su cumplimiento. Por ejemplo, en las obligaciones de dar cosas ciertas, cuando se destruye el bien no fungible que constituye la prestación. Aquí estaríamos ante un incumplimiento total y definitivo que no constituye en mora al deudor, sino que lo hace responsable de los daños y perjuicios compensatorios. La interpelación, requisito para constituir en mora al deudor, carecería de objeto, pues es evidente que no podría exigírsele judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, se demandaría el pago de daños y perjuicios en sustitución de la prestación, es decir, de la ejecución directa o en especie de la obligación; y el deudor no quedaría constituido en mora con la notificación de la demanda, pues ella no podría estar destinada a exigir el cumplimiento de la obligación.

La mora sería extraña a esta situación jurídica.

Tampoco procedería la constitución en mora en ciertas obligaciones de hacer, cuando por el incumplimiento ya fuere demasiado tarde para ejecutar la prestación, como sería el caso, por ejemplo, en que el deudor se hubiese obligado a actuar en un teatro en un día determinado y no lo hiciere.

2.2.3. Cuando la obligación deviene en imposible o inútil

La mora tampoco tiene cabida cuando ya no puede esperarse el cumplimiento de la obligación, sea porque es imposible, sea porque es inútil para el acreedor.

En estos casos, si el deudor se encuentra en mora, ya no continuará en tal condición. La mora termina desde el momento en que la prestación resulta imposible o deviene en inútil para el acreedor. Aquí el acreedor tendrá el derecho de exigir el pago de una indemnización por los daños y perjuicios compensatorios sufridos por la inejecución total de la obligación, los que también deberán estar integrados por los que se hubieren derivado del retraso moratorio del deudor en el cumplimiento de la obligación.

3310 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 501.

2.2.4. Obligaciones de ejecución continuada

Con relación a este tema, Josserand[3311] considera que no hay lugar a constitución en mora cuando la obligación inejecutada es como la del arrendador respecto del arrendatario, una obligación continua cuya realización debe producirse en todos los instantes. Así, toda interrupción constituye un hecho consumado sobre el cual no se puede volver; hágase lo que se haga, subsiste y no podría hacérselo desaparecer.

El citado autor señala que no existe razón para afirmar que la constitución en mora sea exigida cuando la inejecución se debe a mala voluntad o a la resistencia del deudor, pues supone que en tal caso el incumplimiento es definitivo.

Resulta evidente, de acuerdo a la conclusión a la que hemos llegado al analizar el tema de la mora en las obligaciones de no hacer, que el caso emblemático en el que resultaría factible la mora en dichas obligaciones, es el de aquellas obligaciones de ejecución continuada, materia que sirve de ejemplo reiterado al sector de la doctrina que afirma su existencia.

2.2.5. Materia de actos ilícitos

Emiliani Román[3312] considera que la mora es improcedente en la responsabilidad delictual (actos ilícitos), en la que la culpa o el dolo cometidos generan inmediatamente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Por su parte, Josserand[3313], en similar línea de pensamiento, expresa que la constitución en mora del deudor no es en todo caso condición *sine qua non* para la condena del mismo deudor, pues el poner a éste en mora implica requerirle a que ejecute la obligación que le incumbe, lo que supondría que la ejecución fuera todavía posible. Y, desde el momento en que resulta impracticable, la constitución en mora devendría en un absurdo.

En síntesis, Josserand estima que no hay lugar a constitución en mora en materia delictual (responsabilidad civil extracontractual), por lo menos en la inmensa mayoría de los casos, pues no es de imaginar que la víctima de un accidente ponga al autor en mora para cumplir con sus obligaciones, es decir, para no causar el accidente que, por hipótesis, ha sobrevenido.

2.2.6. Como preludio a la condena de daños y perjuicios

Josserand[3314] comenta que, según la jurisprudencia francesa, la constitución en mora no es necesaria como preludio de una condena de daños y perjuicios, sino en cuanto una de las partes persigue la ejecución de las obligaciones.

3311 *Ibidem*, p. 501.
3312 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, p. 274.
3313 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 500 y 501.
3314 *Ibidem*, pp. 501 y 502.

En este sentido, si ambas partes demandan la resolución del contrato, los daños y perjuicios pueden concederse a una de ellas, independientemente de cualquier constitución en mora, ya que sería contradictorio poner al deudor en mora, es decir, pedirle que ejecute su prestación, y al mismo tiempo procurar la resolución del contrato, o sea, el retorno al *statu quo* anterior.

Por nuestra parte, podemos decir que, el solo hecho de que el acreedor solicite al deudor su deseo de que ejecute la prestación, advirtiéndole que de lo contrario procederá a resolver el contrato por incumplimiento, implicaría la constitución en mora del deudor[3315].

En efecto, cuando el acreedor decide resolver el contrato, usualmente requiere en forma previa al deudor para que le pague, y sólo cuando recibe una respuesta negativa o un no pago procede a ejecutar el mecanismo contemplado en la cláusula de resolución contractual.

Ello obedece a que cuando las partes contratan, lo que persiguen es el cumplimiento del contrato, por lo que resultará normal que el acreedor requiera al deudor el cumplimiento de la obligación, en tanto subsista su interés en dicho cumplimiento.

Es altamente probable, por tal razón, que la constitución en mora del deudor se origine antes de que el acreedor interponga una demanda de resolución por incumplimiento.

La excepción, sin embargo, podría estar representada por el artículo 1430 del Código Civil, relativo a la cláusula resolutoria expresa, en la cual no habrá necesidad de requerir el cumplimiento antes de proceder a la resolución extrajudicial[3316].

Lo propio podemos decir de la resolución judicial (artículo 1428), en la que no habrá necesidad de requerir el cumplimiento de la prestación, antes de la interposición de la demanda[3317].

La Casación n.° 2279-2014-Lambayeque, de fecha 30 de junio de 2016, ha determinado que este artículo *(se refiere al artículo 1334 del Código Civil)* excluye el caso del artículo 1985, «El artículo 1985 del Código Civil establece lo siguiente: La indemnización comprende las consecuencias [que deriven] de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. [...] La norma citada regula el sistema de la reparación integral del daño, esto es, al momento de fijar la indemnización, el juzgador deberá comprender las consecuencias que deriven de la acción u omisión

3315 Texto correspondiente a la tercera edición.
3316 Texto correspondiente a la tercera edición.
3317 Texto correspondiente a la tercera edición.

EDUARDO ALANO CASTILLO TREVE

generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, para lo cual debe establecer la existencia de una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; igualmente, deberá atender a que el monto que fije [...] devengará intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño. [...] Así, según el artículo 1334 [del Código Civil], en las obligaciones de dar suma de dinero que requieren determinación por el órgano jurisdiccional, hay mora desde la citación con la demanda. Pero este mismo artículo justamente excluye el caso del artículo 1985 [del Código Civil]. La razón es que no es necesaria la constitución en mora en un caso de responsabilidad civil extracontractual, para que se devenguen intereses, exactamente la regla contraria a lo que ocurre en el pago por responsabilidad contractual [...]. [...] En virtud de lo antes expuesto, se tiene que la norma contenida en el citado artículo 1985 [del Código Civil] constituye una excepción a la regla de la mora en obligaciones de dar suma de dinero que requieren ser determinadas judicialmente, por lo que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, no es posible aplicar por analogía la ley que establece excepciones o restringe derechos, como erróneamente pretende el impugnante, toda vez que la indemnización solicitada se encuadra dentro del supuesto de la responsabilidad civil contractual contemplada en el artículo 1321 del Código Civil, responsabilidad que fue alegada por la propia parte demandante en su escrito postulatorio [...] y, en razón a ello, las instancias de mérito determinaron que este era un caso de responsabilidad contractual».[3318]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3318 Casación consultada en el Sistema Peruano de Información Jurídica. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Mora en obligaciones recíprocas. Otro supuesto controvertido en torno a la configuración de la mora del deudor

Artículo 1335.- En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá.

1. Fuentes nacionales del artículo 1335

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 regula el tema en su artículo 1483: «En las obligaciones recíprocas no incurre en mora uno de los obligados, si el otro no cumple la obligación que le respecta»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hace en el artículo 222: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro». Por su parte, el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 aborda la materia en su artículo 212: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación o se allana a cumplir debidamente la obligación que le incumbe»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 lo hace en el artículo 1246: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o se allana a cumplir la que le concierne»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1255: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o se allana a cumplir la que le concierne».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 trata el tema en su artículo 105: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación o se allana a cumplirla»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hace en el artículo 190: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple

ESTUDIO MARIO CASTAÑO FREYRE

su obligación, o acepta cumplir la que le concierne»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1353: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que cumplirá»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1302: «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

2. Análisis

El artículo 1335 del Código Civil peruano dispone que en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación u otorga garantías de que la cumplirá.

La constitución en mora se efectúa, como regla general, mediante el requerimiento judicial o extrajudicial destinado al cumplimiento de la obligación. Mal podría requerir y, por lo tanto, constituir en mora, quien no ha cumplido con la obligación a su cargo o no ha otorgado garantías de que la cumplirá. Este mismo principio se aplicaría a las obligaciones en que operara la mora *ex re*.

La conexión entre el cumplimiento de las prestaciones que recíprocamente se deben las partes y, sobre todo, elementales principios de equidad y de buena fe que deben presidir toda relación obligacional se oponen a ello.

Cuando existen obligaciones recíprocas en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

En el Código Civil peruano dicha excepción se encuentra regida por el artículo 1426, precepto que establece que «En los contratos con prestaciones recíprocas, en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

Y, en verdad, no es necesario que exista mora para que pueda hacerse valer la excepción de contrato no cumplido, también llamada excepción de incumplimiento, ya que éste es fundamentalmente un mecanismo de defensa sustantivo que la ley otorga a los contratantes con la finalidad de que ninguno de ellos se vea perjudicado, cumpliendo con una obligación y corriendo el riesgo de que su contraparte no cumpla la suya con posterioridad.

Lo expresado no significa que la excepción de incumplimiento sea excluyente de la constitución en mora, ya que un contratante podría negarse a cumplir luego de haber constituido en mora a su contraparte.

Lo que deseamos señalar es simplemente que resulta posible que se aplique dicha excepción en la eventualidad de que no haya mora.

DIARIO CASTILLO FREYRE

Los mismos principios rigen respecto a la excepción de caducidad de término, regulada por el artículo 1427 del propio Código, en el sentido de que para su aplicación no resultaría indispensable que la contraparte se encontrase constituida en mora.

Como se recuerda, el artículo 1427 del Código Civil establece que «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne, o garantice su cumplimiento».

Lo prescrito en el artículo 1335 permite afirmar que sólo se requiere un simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo para que la otra parte se halle invulnerable a la constitución en mora.

A su turno, la jurisprudencia nacional[3319] ha establecido que: «Si el vínculo entre las partes deriva de un contrato con prestaciones recíprocas, no existe mora mientras el o los obligados cumplan con su obligación. Por consiguiente, no habiéndose producido la mora del deudor, no le es exigible la cláusula penal». Asimismo, se ha establecido que: «La conciliación celebrada, por ser un acuerdo de voluntades, no es otra cosa que un contrato, caso en el cual, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1335 del Código Civil, no se genera mora»[3320].

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3319 Expediente n.° 1679-94-Lima.

3320 Casación n.° 2951-2004-Lima.

Responsabilidad del deudor por mora

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.

1. Fuentes nacionales del artículo 1336

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, trata el tema en sus artículos 742: «Es responsable el deudor a los intereses y daños, cuando ha sido moroso en cumplir con su obligación, a no ser que la cosa que se hubiese obligado a dar o hacer, no pueda darse o hacerse, sino en un cierto tiempo, que ha dejado pasar»; y 743: «El obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, será condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputársele»; en tanto que el Código Civil de 1852 no abordaba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 trataba la materia en el artículo 1436: «El deudor es responsable de los daños y perjuicios que causa al acreedor por su morosidad en el cumplimiento de la obligación»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 213: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aún del caso fortuito.— Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida aun cuando la ejecución se hubiese llevado a cabo a su debido tiempo»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1247: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aun del caso fortuito.— Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte; o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1256: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aun del caso fortuito.— Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte; o que el caso fortuito habría

EDICIONES JURÍDICAS CASTILLO FREYRE

alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo».

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 106: «El deudor que estuviese en mora responderá de los daños y perjuicios, y aun del caso fortuito.— Podrá sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en mora sin culpa alguna de su parte; o que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiere llevado a cabo a su debido tiempo»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 191: «El deudor 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».

Finalmente, el artículo 1354 del Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 prescribe lo siguiente: «El deudor 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»; y el artículo 1303 del Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, tiene el siguiente texto: «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».

2. Análisis

El precepto contenido en el artículo 1336 del Código Civil de 1984 se refiere a los daños y perjuicios moratorios, a la reparación por el retraso en el cumplimiento de la obligación, y no a los daños y perjuicios compensatorios, esto es, a los que surgen de la imposibilidad sobreviniente por causas no imputables al deudor que se encuentra en condición moratoria, salvo las excepciones previstas por la propia norma.

Como señala Borja Soriano[3321], de la mora se deriva el efecto de la indemnización de daños y perjuicios. La constitución en mora no es solamente necesaria

3321 Borja Soriano, Manuel. *Op. cit.,* 1966, p. 96.

para que el acreedor pueda reclamar la indemnización de daños y perjuicios, sino también para que tenga derecho a ella.

Cabe agregar que cuando el deudor está en mora el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo, la indemnización por no concluirse la construcción de un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y que subsista la utilidad de la prestación para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez, en la misma medida en que también queda sujeta a esta apreciación decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación todavía es útil, el acreedor no podría rehusarla y sólo tendría el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación, no obstante que ello pueda ser factible. Sin embargo, si el deudor en mora se niega a cumplirla, ya sea en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor, éste puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso, sino de una inejecución total, por lo que podrá exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios (argumento de los artículos 1316 y 1321 del Código Civil).

La norma contenida en el artículo 1336, además de señalar las consecuencias que debe asumir el deudor que ha incurrido en mora, determina que ésta requiere, para configurarse, de un retraso culpable, ya que si el retraso fuera sin culpa no habría mora. De esta manera, nuestro Código, en ese tema, también se adscribe —como muchos otros Códigos— al criterio de la imputabilidad subjetiva.

De lo dicho se infiere que el deudor responderá de los daños y perjuicios que se originen por caso fortuito o fuerza mayor, cuando la imposibilidad de la prestación se genere luego de que el deudor se encuentre en mora.

Es obvio que si el caso fortuito o la fuerza mayor que determina el incumplimiento hubiera acontecido antes del requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, ello originaría la liberación de este último, pues nunca se habría hallado en mora.

Debemos observar, como es evidente, que lo expuesto precisa, en adición, que se encuentren presentes todos los demás requisitos que exige la constitución en mora.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prestación inútil para el acreedor

Artículo 1337.- 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.

1. Fuentes nacionales del artículo 1337

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

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba el tema en su artículo 224: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor haya quedado sin utilidad la obligación para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución por parte del deudor, sin perjuicio de exigir el pago de daños y perjuicios»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 no registra antecedentes al respecto.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 regulaba el tema en su artículo 1248: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de daños y perjuicios»; en tanto el Código Civil de 1936 lo hacía en el artículo 1257: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios».

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 107: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultare sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución, y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios»; el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 192: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1355: «Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, podrá éste rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

perjuicios compensatorios»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1304: «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».

2. Análisis

Como ya se expresó, uno de los requisitos para que exista mora es que la prestación adeudada todavía resulte útil para el acreedor, lo que significa, en otras palabras, que ella le sea de interés; vale decir, que el acreedor espere su cumplimiento por parte del deudor, ya que esto le reportará los beneficios que esperaba al momento de contraer la obligación.

Uno de los temas más controvertidos en torno a los elementos constitutivos de la mora es, sin duda, el de la utilidad que el cumplimiento tardío reporta al acreedor, ya que este último será el único que —en la práctica— podrá indicar con exactitud cuándo el futuro cumplimiento de la prestación que viene siendo incumplida ya no le resulta útil.

Evidentemente, a menos que se hubiese causalizado el motivo por el cual se celebraba el contrato del cual nacía la obligación, con frecuencia la utilidad o inutilidad no dejará de ser un elemento cuya valoración personal quedará íntegramente en manos del acreedor.

No obstante, debemos admitir que existen situaciones en las cuales el tema de la utilidad o inutilidad resultará relativizado por la naturaleza de la prestación. Concretamente estamos pensando en el caso de las obligaciones dinerarias, habida cuenta de que resultaría muy difícil que el acreedor pudiese sostener que el pago de una cantidad de dinero debida pueda resultar inútil considerado en sí mismo. Para tal efecto, tendríamos que asumir que el pago de cantidades de dinero en algunas circunstancias no resulta útil a las personas; situación que difícilmente se presentará en la práctica, porque será casi imposible demostrar que el dinero es inútil para alguien.

No obstante lo señalado, debemos considerar que el análisis de la utilidad o inutilidad de una prestación —en lo que respecta al tema moratorio— no deberá ser apreciado considerando aisladamente a la obligación pendiente de cumplimiento, ya que muchas veces resultará indispensable estudiar la utilidad o inutilidad de una prestación en función del contrato en su conjunto, lo que implicará decidir si esa prestación, en un eventual futuro cumplimiento, devendrá en conveniente o inconveniente al acreedor en torno de la relación jurídica contractual apreciada de manera global.

Por lo menos, siguiendo este criterio, la utilidad o inutilidad de las diversas prestaciones podrá ser apreciada de una manera más coherente y acorde con la naturaleza de lo que las partes han querido obtener de provecho al relacionarse

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

jurídicamente, ya que muchas veces estas situaciones no podrán percibirse con claridad de manera aislada, sino a través de un razonamiento en conjunto.

Como ya lo señalamos, el artículo 1337 del Código Civil dispone que si la obligación por la que el deudor ha sido constituido en mora resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta al primer extremo de la norma, resulta acorde con la naturaleza de la inutilidad de las obligaciones, ya que un actuar consecuente en caso de que la obligación resulte inútil para el acreedor es que este último rehúse aceptar su cumplimiento. Lo contrario sería absolutamente contradictorio.

Por otra parte, si el acreedor hubiese aceptado el pago, ello significaría que al momento de aceptarlo habría convenido en que la prestación le resultaba útil.

Si el acreedor hubiese cambiado de parecer posteriormente, y aquello que le pareció útil luego le resultaba o creyera que le resultaba inútil, tal situación no debería tener relevancia para el Derecho, debiéndose considerar que el deudor que se encontraba en mora habría purgado su estado moratorio, habiéndose producido el pago de la obligación.

En este sentido, el acreedor sólo podría reclamar al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter moratorio que eventualmente se hubiesen devengado. No podríamos hablar de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta a la segunda parte del artículo 1337 del Código Civil peruano, ella establece que si el acreedor rehusase el cumplimiento por la inutilidad de la obligación, tendrá derecho a exigir del deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter compensatorio.

Esto resulta absolutamente natural, en la medida en que estaríamos hablando de un incumplimiento de carácter definitivo y, como se sabe, los daños y perjuicios compensatorios son aquéllos destinados a indemnizar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento parcial o defectuoso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mora del acreedor

Artículo 1338.- 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 obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1338

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a la oferta de pago y negativa a admitirlo, podemos hacer mención de la Ley de las Siete Partidas, Ley 8, Título XIV, Partida Quinta: «*Otrosi dezimos, que si el debdor quisiesse pagar el debdo al que lo deuiesse recebir, e el otro non gelo quisiesse tomar, deue fazer afrenta ante omes buenos, en logar, en tiempo guisado, mostrando los marauedis, de como quiere fazer la paga... (Liberación de responsabilidad). Si los marauedis se perdiessen sin culpa del debdor, después que fuessen puestos en fieldad, assi como sobredicho es, que el daño pertenece al señor del debdo tan solamente: porque fue en culpa, que lo non quiso recebir, quando gelo quiso pagar*».

El artículo 1338 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; en el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; en el Código Civil de 1936; ni en la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973.

El Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, fue el primero en regular el tema, haciéndolo en su artículo 193: «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 obligación».

Posteriormente, abordaron la materia el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1356: «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 obligación»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1305: «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 obligación».

TEXTO MARCADO FREE

2. Análisis

2.1. Concepto y requisitos de la mora del acreedor

En torno al tema de la mora del acreedor, Caballero Lozano[3322] entiende que se trata de una vicisitud que se presenta en el cumplimiento de las obligaciones, cuando el acreedor no colabora oportunamente con el deudor en la medida necesaria para que tenga lugar la realización del programa de prestación establecido.

El citado autor se pregunta cómo puede el acreedor negarse a recibir una atribución patrimonial, de la cual, en principio, no cabe esperar más que beneficios. Pero lo cierto es que el tráfico nos ofrece —continuamente— ejemplos de supuestos en los cuales el titular de un bien experimenta más ventajas dejándoselo a un tercero que teniéndolo bajo su propia dependencia inmediata. Es el caso, agrega, del prestamista que prefiere continuar percibiendo unos intereses elevados antes que poder —él mismo— disfrutar directamente de la suma de dinero. En otras ocasiones, la finalidad perseguida por quien así actúa es de dudosa licitud, como cuando, por razones coyunturales, el dueño de una cosa que se ha de restituir prefiere que el deudor la siga custodiando y, en consecuencia, soportando los riesgos de su perecimiento.

Caballero Lozano añade que el acreedor realiza, en un buen número de ocasiones, ciertos actos en sentido positivo (prohíbe la prestación), u omite conductas necesarias para procurar la liberación del deudor (no colabora en el cumplimiento en la medida necesaria). Así, el buen fin de la obligación depende también del acreedor, por ejemplo, en las obligaciones de dar, ya que la actividad encaminada a producir la entrega de la cosa ha de ser iniciada por el deudor y concluida por el acreedor, recibiendo la cosa ofrecida. La abstención del *accipiens* evitaría, al menos provisionalmente, tanto la verificación del buen fin de la obligación como la liberación del deudor.

En consecuencia, la actividad cooperadora del acreedor se presenta como elemento esencial y necesario para una fiel actuación del contenido de la obligación.

Refiere Caballero Lozano que ante las situaciones abusivas que se dan en la práctica, es necesario proteger al que quiere cumplir su obligación, frente a la pasividad del acreedor, de modo que la conducta de este último no le perjudique en lo más mínimo.

Expresa que para la consecución de tal objetivo, el ordenamiento jurídico ha dispuesto de ciertos medios de defensa en favor del deudor, de los cuales el más conocido es el del ofrecimiento del pago y la consignación, con el cual el *solvens* obtiene de modo coactivo el cumplimiento de su obligación y la consiguiente

3322 Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 9 y ss.

extinción de su posible responsabilidad por incumplimiento, a la vez que se satisface el derecho del acreedor a la prestación.

Caballero Lozano[3323] añade que no sólo el procedimiento del pago forzoso, o liberación coactiva, sirve para eliminar la dificultad originada por la conducta omisiva del acreedor en el cumplimiento de la obligación. El deudor dispone de otro medio menos radical pero, a veces, más expeditivo, para exonerarse de la posible responsabilidad por incumplimiento; el *solvens* o un tercero, en virtud del ofrecimiento de pago, puede constituir en mora al acreedor y desviar hacia éste las consecuencias negativas de la falta de cumplimiento de la obligación.

Finalmente, luego de lo expresado, Caballero Lozano[3324] sostiene que la mora del acreedor es «[...] la situación jurídica en que se halla el vínculo obligatorio, consistente en un retraso en el cumplimiento de la obligación, motivado por la falta de colaboración, temporánea y necesaria, del acreedor, culpable o no, pero injustificada, mediando el ofrecimiento del pago del deudor».

Dentro de tal orden de ideas, explica que en primer lugar es una situación jurídica del crédito-obligación, lo cual significa que desde el acto constitutivo de la mora y hasta su extinción, el régimen jurídico de aquél sufre una modificación, consistente, en términos generales, en una disminución de la responsabilidad del deudor. En segundo lugar, se produce un retraso en el cumplimiento de la obligación; la obligación es susceptible de cumplimiento tardío cuando aún es idónea para satisfacer el interés del acreedor, tal y como está contemplado en el título constitutivo de la obligación, siendo aquí conveniente distinguir, por una parte, la mora del acreedor y el incumplimiento, y, por otra, aquélla y la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Además, el acto del acreedor debe obstar el cumplimiento, de modo que la causa «no cooperación del acreedor» se traduzca en la consecuencia «no cumplimiento de la obligación». Dicha conducta omisiva —dice Caballero Lozano— ha de carecer de justificación, ser antijurídica, ya que el deudor que cumple defectuosamente no resulta protegido frente al acreedor irreprochable. Por último, indica la responsabilidad es del acreedor, quien soportará las consecuencias jurídico-económicas de su omisión indebida.

En esta línea de pensamiento también se halla Palacio Pimentel[3325], quien considera que la mora del acreedor se produce cuando éste —sin causa justificada— se niega a recibir la prestación del obligado en el tiempo, lugar y modo pactados, o cuando no se le encuentra en el lugar designado para el pago. Esto es, incurre el acreedor en mora cuando, siendo indispensable su concurrencia e intervención para el cumplimiento de la obligación, se niega injustificadamente a ella, retardando el pago.

3323 *Ibidem*, p. 11.

3324 *Ibidem*, pp. 14 y 15.

3325 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Elementos de Derecho Civil peruano. Op. cit.*, tomo II, pp. 875 y ss.

Agrega Palacio Pimentel que el deudor deberá intimar al acreedor para que reciba el pago, o bien puede consignarlo. El deudor debe probar el «rehusamiento a recibir el pago» y que ese hecho no sea originado por culpa del deudor.

Para que se configure la mora del acreedor, añade, debe haber una oferta real de pago, equivalente a la interpelación en la mora del deudor. Este ofrecimiento debe comprender la totalidad de la obligación, tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta oferta no sólo puede hacerla el propio deudor, sino quien lo represente convencional o legalmente.

Compartiendo esta posición doctrinaria se halla Albaladejo[3326], quien considera que la mora del acreedor no consiste sólo en que éste —injustificadamente— retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar en tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada.

El autor citado señala que para que se configure la mora del acreedor será necesaria la concurrencia de diversos requisitos. En primer lugar, que haya llegado el momento del cumplimiento y, en segundo lugar, que el deudor lo ofrezca al acreedor intimándolo a recibirlo.

Con respecto a este segundo punto, Albaladejo entiende que en el ofrecimiento de pago el deudor no sólo declara estar dispuesto a realizar la prestación, sino que requiere al acreedor para que la reciba o ponga de su parte lo preciso para que pueda efectuarse. Hay, pues, una intimación, la misma que puede realizarse de cualquier forma, incluso verbalmente.

Esta regla sufre la excepción de que la ley establezca en ciertas obligaciones la producción automática de la mora, de forma que, desde que llega el día del cumplimiento, y el deudor tiene la prestación puesta a disposición del acreedor, éste incurre en mora sin necesidad de ser intimado para que la reciba.

En tercer lugar, para que se configure la mora del acreedor, Albaladejo indica que también es necesario que éste se niegue sin razón a admitir el pago, o a poner de su parte lo preciso para que pueda efectuarse, o, de cualquier modo, no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

En este sentido, cuando se utilizan expresiones como que «el acreedor rechace justificadamente la prestación», o «niegue con motivo su cooperación», o «se niegue con razón a admitir el pago», se alude a que la rechace porque no se le ofrezca debidamente (por ejemplo, no es íntegra, o se pretende realizarla en tiempo, forma o lugar diferentes de los pactados, etcétera).

Albaladejo afirma que no hace falta culpa del acreedor para que éste incurra en mora. Por lo tanto, la mora se presenta incluso cuando por caso fortuito o

3326 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo III, volumen I, pp. 155 y 156.

fuerza mayor, el acreedor no esté en condiciones de recibir la prestación que se le ofrece debidamente.

Estos conceptos ya habían sido acogidos por Enneccerus, Kipp y Wolff[3327], quienes consideran que la mora del acreedor es un retraso del cumplimiento fundado en que el acreedor omite la cooperación (especialmente la aceptación) indispensable por su parte.

Asimismo, los autores citados señalan que no se requiere culpa en el acreedor y ni siquiera puede considerarse a la culpa como requisito, pues sólo en casos excepcionales se da un deber de aceptar, y sin violación de un deber no puede hablarse de culpa.

Por su parte, y en línea de pensamiento distinta a la expuesta, se halla Moisset de Espanés[3328], quien, considera que la mora del acreedor se suscita como consecuencia de que éste no cumpla con su deber de cooperación, de manera culposa, por lo que se genera un retraso, producto de la negativa injustificada a recibir la prestación debida.

Esta tesis es compartida por Cazeaux y Trigo Represas[3329], quienes sostienen que la mora del acreedor consiste en el retraso de la prestación debido a la conducta del acreedor, cuando omite la cooperación indispensable de su parte y, en especial, la aceptación de pago; y que para su configuración requiere de la concurrencia del elemento de la culpabilidad.

Expresan al respecto que no obstante que la mayor parte de los autores prescinden del elemento subjetivo de la culpabilidad para la configuración de la mora del acreedor, ellos creen que esto no debe ser así, pues aquéllos se basan en que no existe a cargo del acreedor el deber de procurar al deudor su liberación.

En este sentido, los profesores citados sostienen que, de acuerdo a su Código Civil (el argentino *ya derogado*)[3330], sí existe tal deber, y surge —precisamente— del artículo 505, última parte, de dicho Código, cuando dice: «Respecto del deudor, el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente».

En consecuencia, Cazeaux y Trigo Represas entienden que es evidente que el acreedor tiene la carga de contribuir a la liberación del deudor y le son aplicables las mismas exigencias que a la mora de éste.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3327 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 290-297.

3328 Moisset de Espanés, Luis. «Diferencias entre la mora del acreedor y pago por consignación (con referencia al Código peruano de 1984)», pp. 4 y 5. Artículo enviado personalmente a los autores del *Tratado de las Obligaciones* por el profesor Luis Moisset de Espanés.

3329 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 137-139.

3330 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

En síntesis, Cazeaux y Trigo Represas sostienen que para que se configure la *mora accipiendi* es necesario el elemento subjetivo de la culpa, que se presume por el solo hecho del retardo en el cumplimiento de los deberes a su cargo. El acreedor, a su vez, puede liberarse de su responsabilidad, demostrando la concurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor.

De las dos corrientes doctrinarias expuestas, podemos apreciar que para la primera posición no es indispensable la presencia del factor subjetivo (que el acreedor actúe con culpa o dolo) para la configuración de la mora del acreedor.

En cambio, para la segunda postura, el elemento subjetivo es imprescindible para que se produzca la mora del acreedor, de tal forma que la ausencia de tal elemento determinaría su inexistencia.

Por nuestra parte, y en camino a tomar partido por una de estas dos posiciones, expresamos que se trata de un tema polémico y no exento de complejidades.

Si quiere sostenerse la primera posición, vale decir, aquélla que no requiere de culpa en la conducta del acreedor, podría argumentarse que la tesis contraria es susceptible de generar serias consecuencias en cuanto a la responsabilidad del deudor. En caso, por ejemplo, de que el deudor haya efectuado todo lo necesario para cumplir con su obligación y, sin embargo, el acreedor no preste la colaboración requerida para que aquél pueda hacer efectivo el pago en la fecha prevista, y que tal falta de colaboración por parte del acreedor no obedezca a causas a él imputables.

Dentro de tal orden de ideas, podría sostenerse que en el supuesto de que no se configure la mora del acreedor, el deudor se vería perjudicado, pues al no haber hecho efectivo el pago y no estar el acreedor en mora, correspondería al deudor probar que su incumplimiento deriva de la falta de colaboración del acreedor.

En cambio, si se considerara producida la mora del acreedor, la situación sería distinta para el deudor, porque esta mora significaría la prueba de que éste ha realizado diligentemente todos los actos necesarios para el cumplimiento de su obligación.

Sin embargo, nosotros no compartimos el pensamiento expuesto. Creemos firmemente que la culpa es requisito indispensable para que haya mora del acreedor. Ello, por diversas consideraciones.

Si el deudor ha realizado todas las gestiones o diligencias necesarias para cumplir su obligación, efectuando los ofrecimientos de pago respectivos, dicho deudor, no obstante no haber podido pagar, no se encontrará en mora (no hay mora sin culpa del deudor). Además, si bien es cierto que dentro del régimen legal peruano se presume que el incumplimiento del deudor obedece a culpa leve de éste, en el caso bajo análisis el deudor podría desvirtuar fácilmente tal presunción, en la medida en que pruebe que ha realizado —o intentado realizar— el ofrecimiento de pago correspondiente. Esto, en lo que atañe al deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, en lo que respecta al acreedor que no fue culpable de no recibir el pago (por ejemplo, si por causas no imputables a él tuvo que ausentarse de su domicilio —lugar donde se había convenido que el deudor ofreciese el pago—), no encontramos razones suficientes para aplicarle la regla de que se encuentre en mora, a pesar de haber actuado sin culpa.

Ello sería injusto, ya que representaría una infracción de la regla general de la mora: «no hay mora sin culpa», que pregona la necesaria presencia del dolo o de la culpa (en cualquiera de sus grados) para la existencia de la mora.

Además, sería inequitativo, a todas luces, que para que el deudor se encuentre en mora sí se requiera que haya actuado culposamente, en tanto que no se estaría previendo esta misma exigencia para que el acreedor se halle en tal situación.

Dentro de tal orden de ideas, tendríamos que preguntarnos cuál sería la lógica de dar un tratamiento diferenciado a casos similares.

Finalmente, en lo que respecta a la situación del acreedor que sin su culpa no recibe o no colabora para recibir la prestación debida, nada debería presumirse. En estos casos, ni el deudor ni el acreedor deberán asumir culpas que no les corresponden. Ausencia de culpa en ambos; ausencia de mora para ambos.

Por otra parte, y respecto a lo que el Código Civil de 1984 entiende por mora del acreedor, observamos que el artículo 1338 prescribe que «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 obligación».

Este precepto es similar a los artículos 293 y 296 del Código alemán, 91 del Código Federal suizo de las Obligaciones, 1206 del Código italiano y 813 del Código portugués. Cabe observar que el artículo 297 del Código Civil alemán dispone que el acreedor no incurre en mora si el deudor no se encuentra en condiciones de efectuar la prestación al tiempo del ofrecimiento o al tiempo señalado para el acto del acreedor. Esta norma, de lógica evidente, se halla implícita en la institución de la mora del acreedor.

Por otro lado, consideramos notorio que del artículo 1338 del Código Civil peruano se desprende que es necesaria la concurrencia del elemento de imputabilidad (culpa o dolo), al utilizar la expresión «sin motivo legítimo». De este término se infiere la referencia a una conducta antijurídica o no justificada, que debemos entender como sinónimo de dolo o culpa, vale decir, de la existencia de una causa imputable al acreedor.

Respecto al concepto de la mora del acreedor, la jurisprudencia nacional[3331] ha señalado que: «Es la propia demandante quien no ha realizado sus bonos por propia voluntad y no por la negativa de la parte deudora, motivo por el cual no

3331 Expediente n.° 1815-99-Lima.

puede alegar mora en el pago de dichos bonos, debido a que quien ha incurrido en mora es la propia actora».

La Casación n.° 2039-2006-Tacna, de fecha 12 de octubre de 2006, señaló que se exonera al deudor de los intereses moratorios cuando el acreedor pretende, arbitrariamente, que la obligación pendiente de pago sea cancelada en un monto mucho mayor al realmente adeudado, «*Segundo.* La "mora del acreedor" se produce cuando el acreedor se niega, injustificadamente, a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación. *Tercero.* En el caso de autos, se ha determinado que un funcionario del banco [acreedor] demandado llenó arbitrariamente un pagaré en el que se consignó que la deuda del ahora demandante ascendía a 190.000 dólares americanos, pese a que el monto real de la misma era de 27.520.89 dólares americanos. *Cuarto.* Se evidencia que el acreedor quedó constituido en mora en razón de no practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, lo que se materializa en el hecho de haber pretendido, arbitrariamente, que la obligación pendiente de pago sea cancelada en un monto mucho mayor al realmente adeudado. *Sétimo.* En el caso de autos ha quedado evidenciado que el acreedor fue constituido en mora; y, además, se consideró que el banco acreedor incurrió en ejercicio abusivo de su derecho de acreencia, siendo esta la razón por la que debe convalidarse la decisión de que los intereses a cobrar solamente se calculen a partir del [monto inferior señalado]. *Octavo.* Habiéndose constituido en mora al acreedor, cabe concluir que la [sentencia] recurrida, en cuanto se refiere a los intereses moratorios, no debe ser modificada, pues, en el presente caso, el no pago oportuno resulta ser consecuencia del accionar tendencioso de un funcionario del banco emplazado, decisión que encuentra respaldo adicional en el razonamiento contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.° 1255-2003-AA/TC».[3332]

2.2. La cooperación del acreedor

Caballero Lozano[3333] precisa una serie de supuestos de cooperación del acreedor, en provecho propio, al cumplimiento de obligaciones ajenas.

Así, dicho autor cita los siguientes ejemplos:

- El contratista no puede realizar la edificación proyectada si el *dominus* no ejecuta los trabajos preliminares; se le debe permitir entrar en el local para realizar las obras de transformación; se le ha de permitir el acceso al utillaje que ha de reparar; el cliente ha de posar ante el retratista, o presentarse para que el sastre le tome las medidas pertinentes para confeccionar el traje.

3332 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 1008. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3333 Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 95-103.

- El enfermo ha de acudir a la consulta, concertada para un día y hora determinados, o el alumno, a la clase que se le ha de impartir.
- El mandante ha de suministrar al mandatario los medios e instrucciones necesarios.
- El comitente, asimismo, ha de entregar al comisionista lo necesario para el cumplimiento.
- El porteador sólo podrá trasladar las mercancías si le son entregadas por el cargador (transporte de cosas).
- El viajero ha de hallarse en el medio de transporte a la hora señalada para la partida (transporte de personas).
- El autor ha de corregir las pruebas que le presenta el editor, antes de la impresión.
- El anunciante debe proporcionar a la agencia de publicidad los datos racionalmente necesarios para la eficaz realización de la campaña.
- El empresario ha de permitir al trabajador el acceso al lugar de trabajo, y suministrarle los medios adecuados para desempeñar su función (contrato de trabajo).

La colaboración del acreedor para el cumplimiento de la obligación —señala el citado autor—, es dispuesta por la ley, el acto jurídico, la buena fe, o la voluntad unilateral del acreedor, de acuerdo a cada caso. De este modo, resulta imprescindible la actividad del acreedor, por mutuo acuerdo de las partes, en el contrato de obra, si el comitente se ha obligado a suministrar los materiales, en cuyo caso —por hallarnos ante la infracción de una auténtica obligación—, el retraso del *dominus* constituiría *mora solvendi*, y verdadero incumplimiento la negativa en firme al suministro de los materiales.

Caballero Lozano agrega que el deber de colaboración puede tener un origen unilateral, como en el caso del cargador que utilice el poder de contraorden respecto de las mercancías que ordenó transportar. Anota que si el cargador anula la orden anterior, deberá comunicar al porteador el nuevo destino de las cosas dadas para su traslado, pues de lo contrario el transportista podrá depositar judicialmente los efectos, ante su justificada ignorancia acerca de la persona del destinatario.

En concordancia con la doctrina expuesta, precisamos que es requisito indispensable para que exista mora del acreedor que éste no haya realizado los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación asumida.

Los actos de colaboración del acreedor constituyen, en buena cuenta, obligaciones que en muchos casos pasan desapercibidas como tales, pues son apreciadas como obligaciones de «segundo rango» o de «segunda categoría».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, en un plano teórico, podríamos también pensar que los actos de colaboración no serían obligaciones propiamente dichas, sino cargas[3334].

Por otra parte, queda claro que esos deberes de cooperación podrían ser divididos en dos clases.

En primer término, hay deberes de cooperación que sólo implican aceptar la ejecución de la prestación por el deudor. Es el caso del acreedor cuyo único deber de cooperación se limita a recibir el dinero que el deudor le debe entregar.

Si bien es cierto que en este caso resulta necesaria la cooperación del acreedor para que el deudor pague, si ella no se brinda el deudor podrá requerirlo y constituirlo en mora, con todas las consecuencias jurídicas que para este efecto están previstas por la ley. Adicionalmente, el deudor tendría la posibilidad —dependiendo de la naturaleza de la prestación— de recurrir al mecanismo del pago por consignación, a fin de liberarse del cumplimiento de la prestación debida.

En suma, este primer tipo de deberes de cooperación se reduce a aquéllos que representan actuaciones de carácter poco relevante, en la medida en que si el acreedor no cumpliese con efectuarlos, el deudor, a través de otros mecanismos legales, puede obtener los mismos fines buscados cuando deseó pagar directamente.

En segundo lugar, tenemos como deberes de cooperación a aquéllos que implican la participación del acreedor en la realización de determinados actos, sin los cuales el deudor se vería imposibilitado de pagar; pero, además, dicha falta de cooperación del acreedor devendría en definitiva para frustrar la ejecución de la prestación debida, pues el deudor no podría recurrir al mecanismo del pago por consignación, por no ser posible.

Sería el caso en que un pintor se obligue a elaborar un retrato del acreedor, y deba pintarlo con la participación activa del acreedor, vale decir, con el acreedor posando en el estudio del pintor. Si el acreedor se negase a posar para que el pintor confeccione el retrato, no resultaría factible pensar en un adecuado cumplimiento de la prestación.

En otras palabras, el deudor no podría pintar el cuadro, basándose, por ejemplo, en fotografías del acreedor, para luego obligarlo a que acepte el cuadro.

Entonces, como el deudor ni siquiera va a poder pintar el cuadro, menos podríamos pensar en la posibilidad de que consigne prestación alguna.

Y lo expresado se aplicaría con mayor rigor a las obligaciones de hacer que no concluyan en un dar y a las obligaciones de no hacer, cuyo cumplimiento requiera de la participación activa del acreedor.

ESTUDIO ARIAS CASTRO & ORTIZ

3334 Texto correspondiente a la tercera edición.

Un aspecto importante destacado por Caballero Lozano, es el referente a que no toda actividad que pueda desarrollar el titular del crédito en el ejercicio de su derecho es relevante a los efectos de la *mora creditoris;* es decir, el acreedor no incurre en mora por el solo hecho de observar un comportamiento atípico respecto al deudor. En síntesis, de toda la actividad que pueda realizar el acreedor en el ámbito de su crédito sólo interesa aquella actividad indispensable —necesaria—, entendida esta palabra en su sentido más literal, para que el deudor pueda cumplir puntualmente la obligación y liberarse de la deuda.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que los deberes de cooperación están obviamente referidos a aquellos aspectos necesarios para que el deudor pueda cumplir con la prestación que le compete.

La figura de los deberes de cooperación no ha nacido para el Derecho pensada en función de situaciones que no tengan que ver con el cumplimiento de la prestación, o que, teniendo que ver con dicho cumplimiento, resulten absolutamente intrascendentes.

Entendemos que el deber de cooperación tiene como característica fundamental su ejecución por el acreedor, pero además que necesariamente deba ser cumplido por el propio acreedor, no pudiendo efectuarlo persona distinta a él.

En otras palabras, los deberes de cooperación del acreedor son *intuitu personae* respecto al propio acreedor y no pueden ser cumplidos por el deudor o por un tercero.

Es esta situación, precisamente, la que conduce a que la ausencia de los deberes de cooperación frustre la ejecución de la prestación debida, ya que ellos son irreemplazables.

Caballero Lozano agrega que el problema que se presentará será la calificación de la actividad como necesaria para el cumplimiento, lo cual exige un análisis de la prestación que debe realizar el deudor, la actividad demandada del acreedor, y el nexo de instrumentalidad entre ambas.

En este sentido, anota que es tarea del intérprete, en cada caso, advertir la necesidad o no de la actividad del acreedor; en definitiva, el carácter optativo de la omisión del acreedor. En realidad, la conducta del acreedor interesa en cuanto constituye un evento que impide el pago. Si la abstención no detiene el cumplimiento, ese comportamiento omisivo será irrelevante a efectos de conceder al deudor la tutela de la *mora creditoris*.

Dicho autor sostiene que exceden del ámbito de la *mora creditoris* aquellas conductas del acreedor que no impiden el cumplimiento, sino que simplemente lo dificultan. Señala esto, pues hay ocasiones en que la actividad del acreedor es necesaria para el cumplimiento, pero el ordenamiento jurídico ha dispuesto otros medios para la tutela del interés del deudor a la liberación. Así sucede, por ejemplo, según Caballero Lozano, en el contrato de mandato, en cuya ejecución ha de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. El mandatario, a falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia, ya que la ausencia de cooperación por parte del acreedor es contraria a la buena fe, a lo esperado y, por lo tanto, no debería esta situación ser indiferente al ordenamiento jurídico.

El autor citado añade que la cooperación del acreedor al cumplimiento también tiene una característica de tipo interno. La actividad del acreedor ha de ajustarse a lo establecido en el título de la obligación, ya sea de modo expreso o bien indirectamente. La inexactitud de la cooperación equivale a su omisión, pero, a semejanza de lo que ocurre en el pago, el deudor no puede alegar una cooperación inexacta si aprovecha la actividad del acreedor y acto seguido culmina la prestación. En tal caso, el deudor sufre los efectos de una acción cuyas consecuencias pudo evitar; la cooperación inexacta no es una cooperación necesaria, puesto que el cumplimiento que se sigue es inexacto, esto es, no se corresponde con el previsto en el título de la obligación. En consecuencia, sólo tiene el carácter de necesaria la colaboración que se acomoda perfectamente al tenor de la obligación.

Cuando el deudor desconoce esta circunstancia, sin su culpa, el cumplimiento defectuoso derivado de la cooperación inexacta es a cargo del acreedor. Asimismo, el deudor que conoce esos defectos debe, por imperativo de la buena fe, ponerlos en conocimiento del acreedor, con el efecto de constituirlo en mora si no repite correctamente la cooperación, porque la cooperación que es inadecuada, a estos efectos debe ser equiparada a la falta absoluta de cooperación.

Por nuestra parte, concordamos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que los deberes de cooperación del acreedor, precisan guardar fidelidad con lo establecido para tal efecto en el título constitutivo de la obligación, vale decir que ellos deben ser idóneos, ajustándose a lo pactado o preceptuado por la ley.

Sin embargo, la idoneidad de los deberes de cooperación no puede ser apreciada en abstracto, sino en la medida en que dicha idoneidad o falta de idoneidad hayan permitido o no al deudor el cumplimiento de su obligación.

Y esto es claro, pues por más inadecuados que hubiesen resultado los deberes de cooperación, ellos, eventualmente, podrían haber permitido al pintor elaborar el retrato de acuerdo al título constitutivo de la obligación; como sería el caso del acreedor que llega tarde a posar; y además de llegar tarde es persona inquieta; y sólo se queda una hora, y no las cinco horas que debía permanecer en el taller del pintor. Y, a pesar de todo ello, el pintor logra elaborar un excelente retrato de ese acreedor esquivo.

En tal sentido, estimamos que lo que corresponderá en esos supuestos es apreciar si la falta de una cooperación adecuada ocasionó daños y perjuicios al deudor. Resulta evidente que si éste hubiese sido el caso, el acreedor tendría el deber de indemnizarlos.

LEYDIS MARCO CASTILLO OLIVARE

Caballero Lozano apunta, por último, que el defecto de la cooperación puede ser de carácter subjetivo cuando existe irregularidad en la legitimación o capacidad del acreedor, u objetivo, si el comportamiento del acreedor o las cosas que debe entregar no se corresponden completamente con las contempladas en la obligación. Así, la cooperación parcial, o bien posibilita sólo un cumplimiento parcial, o bien produce un incumplimiento parcial. El título de la obligación determinará, en cada caso, el contenido de la actividad a efectuar por el acreedor, lo que permitirá al intérprete conocer si se trata de un comportamiento técnicamente necesario, cuya omisión determine la protección del deudor a través de la *mora creditoris*.

Por nuestra parte, consideramos que los términos de Caballero Lozano no deben ser tomados en sentido absoluto, es decir, entendiéndose que el cumplimiento parcial de los deberes de cooperación acarreará necesariamente un cumplimiento parcial de la obligación por el deudor.

El ejemplo del pintor demuestra que un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del acreedor puede acarrear o bien el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación por el deudor, o que nos encontremos ante un deudor a quien no le resulte difícil remontar las dificultades que le impuso su acreedor.

Se trata, por tal razón, de un asunto en el que no caben términos absolutos sino relativos.

Respecto a este punto, la jurisprudencia nacional[3335] ha establecido que: «El acreedor incurre en mora al no realizar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación, materializándose en el hecho de haber pretendido arbitrariamente que la obligación pendiente de pago sea cancelada en un monto mayor al realmente adeudado».

2.3. Los efectos de la mora del acreedor

Albaladejo[3336] considera que los efectos que produce la mora del acreedor, que se basan en que el deudor no debe sufrir perjuicios por ella (es decir, que debe quedar tan indemne como si hubiese pagado), son los siguientes:

2.3.1. Si la prestación deviene en imposible sin culpa del propio acreedor, la obligación se extingue

Sobre este supuesto nos pronunciaremos cuando analicemos el contenido del artículo 1340 del Código Civil peruano.

3335 Casación n.º 2039-2006-Lima.

3336 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 156-159.

2.3.2. Subsistencia de la contraprestación, si la hubiere

Señala Albaladejo que cuando frente a la obligación del deudor existía otra contra la obligación del acreedor (obligaciones recíprocas), ésta, a pesar de la extinción de aquélla, subsiste, pero cabe pedir su resolución.

La mora del acreedor implica que aquella prestación todavía es debida por el deudor, quien desea cumplirla, siendo aún factible de cumplimiento, es decir, que reúne todas las condiciones propias de una prestación en situación moratoria, dentro de las cuales se encuentra que el cumplimiento de la prestación todavía resulta posible y útil para el acreedor.

Aquí disentimos de la opinión de Albaladejo, cuando plantea que una de las dos obligaciones recíprocas se extingue. Ello no ocurre en cuanto a la obligación que ha generado la mora del acreedor, y no cabe pensar, por eso, que se va a producir la extinción de la otra obligación (es decir, de la contraprestación).

2.3.3. Hacer cesar la mora del deudor o evitar que se produzca si aún no había incurrido en ella

Si el deudor se encuentra en mora, una de las formas en que puede producirse su extinción es cuando el deudor ofrece el pago al acreedor.

La mora del deudor implica, dentro de otros conceptos, una situación de expectativa del acreedor para que el deudor cumpla con la obligación que le compete.

Esto significa que mientras el acreedor no dé por extinguida la obligación, resolviendo el contrato con el deudor, este último se encontrará apto para cumplir con la obligación que le compete, y su ofrecimiento de pago no podría ser rehusado, a menos que sea inútil para el acreedor. Todo ello, desde luego, con cargo a la indemnización de daños y perjuicios que tendría que asumir el deudor por haber incurrido en mora.

Es claro, entonces, que si el deudor en mora ofrece pagar a su acreedor y éste acepta el pago, la situación de mora se extinguiría porque también se habría extinguido la obligación.

Pero no es éste el único supuesto factible, en la medida en que al ofrecimiento de pago por el deudor moroso podría seguir una negativa de aceptarlo por parte del acreedor.

En este último caso, el deudor habría dejado de estar en mora, y más bien quien incurriría en mora sería el acreedor, con todas las consecuencias que tal situación acarrearía para ambas partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.3.4. Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido

Según Albaladejo, esto se debe a que, aunque realmente el deudor aún no cumplió, sin embargo, está dispuesto a hacerlo, y no lo realiza, no por su culpa, sino por la del acreedor.

Por nuestra parte, coincidimos con las expresiones de Albaladejo, en el sentido de que la mora del acreedor evitará cualquier posible tacha o cuestionamiento relativo a la conducta jurídica del deudor.

2.3.5. El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida

Albaladejo afirma que mientras que el deudor no haya consignado la cosa debida, aunque haya ofrecido el pago, y el acreedor lo haya rechazado injustificadamente, incurriendo así en *mora accipiendi,* la realidad es que no ha cumplido la obligación ni está liberado de ella, aunque no le alcancen las consecuencias propias del incumplimiento, porque éste es imputable al acreedor. Puig Brutau[3337] piensa de modo similar que Albaladejo y nosotros compartimos el parecer de los profesores españoles citados.

Resulta evidente que constituye requisito indispensable para recurrir al mecanismo de la consignación, que el deudor haya ofrecido pagar al acreedor o que haya agotado todos los medios para poder efectuar dicho ofrecimiento, sin haber tenido éxito.

Esta situación constituirá en la inmensa mayoría de los casos un supuesto de mora del acreedor. Y como fue explicado oportunamente, la mora del acreedor puede derivar en que el deudor decida consignar la prestación debida.

2.3.6. La mora del acreedor excluye la del deudor

Según refiere Puig Brutau, la mora del acreedor excluye la del deudor, según doctrina de la sentencia española de 9 de julio de 1941, pues afirma que el ofrecimiento por parte del deudor, no aceptado por el acreedor, aunque no vaya seguido de la consignación, impide dar al deudor trato moroso.

En efecto, la mora del acreedor excluye la del deudor. Como fue explicado oportunamente, cuando el deudor moroso ofrece pagar, automáticamente deja de tener la condición de moroso, para dar paso a la mora del acreedor, que sustituye a aquella del deudor.

Ahora bien, cabría preguntarse si cuando un acreedor se encuentra constituido en mora es posible que posteriormente el deudor también tenga, conjuntamente con el acreedor, esa condición.

3337 Puig Brutau, Luis. *Op. cit.,* pp. 495 y 496.

Puede ocurrir que el acreedor en mora decida aceptar el pago que oportunamente le había ofrecido su deudor, y que luego sea el deudor quien se niegue a pagar. En este caso se produciría una situación similar a la del juego de *ping-pong*, pues entonces sería el deudor quien se encontraría en mora y el acreedor quien dejaría de estarlo.

Si luego el deudor quisiera pagar y el acreedor rehusase aceptar el pago, el deudor dejaría de estar en mora, en tanto que el acreedor volvería a encontrarse en ese estado.

Pero, al igual que en el juego de pimpón, la pelota nunca podría estar simultáneamente en los dos lados del tablero. En el caso de la mora, resulta absolutamente imposible que las dos partes se encuentren simultáneamente en tal condición respecto a la ejecución de una prestación y de su contraprestación: o estará en mora el deudor o estará en mora el acreedor.

2.3.7. Deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al deudor

Sobre este punto nos pronunciaremos cuando estudiemos el contenido del numeral 1339 del Código Civil.

2.3.8. Otros efectos de la mora del acreedor

Moisset de Espanés piensa que las previsiones sobre los efectos de la mora del acreedor en el Código Civil peruano son escasas, a diferencia de otros Códigos. Refiere como ejemplo que nada ha previsto dicho cuerpo legal con respecto a los límites que puede tener la restitución de productos cuando un tercero los hubiese separado o percibido sin culpa del deudor; ni tampoco respecto a los intereses compensatorios, aunque estima el citado autor que éstos deberían suspenderse si a la interpelación se agrega la consignación de la suma debida.

Finalmente, agrega que tampoco se regula la forma en que el acreedor puede poner fin a su situación de mora. En este sentido, considera que por aplicación de principios generales, el acreedor que cese en su actitud omisiva y ofrezca la colaboración necesaria con relación a los deberes secundarios de conducta, o reclame el cumplimiento mostrándose dispuesto a recibir el pago, pondrá, de esta manera, fin a su estado de mora.

Nosotros disentimos de lo expresado por Moisset de Espanés, ya que consideramos que el Código Civil no podía —ni debía— prever todas las consecuencias de una determinada situación jurídica de manera conjunta, agrupada o en un mismo lugar del propio Código.

Independientemente del silencio del Código peruano respecto a otros efectos de la mora del acreedor, no será difícil deducir las consecuencias de éstos por aplicación de los preceptos específicos que sobre determinados temas prevé el propio Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, para saber qué ocurre con los frutos y productos tendremos que interpretar las normas generales que sobre el tema contempla nuestro cuerpo normativo.

En lo que respecta a los intereses compensatorios, nos parece adecuado que el Código Civil no se pronuncie al respecto, pues la solución resulta evidente.

Si se tratase de un deudor que debe una suma de dinero y se la ofrece pagar a su acreedor, negándose éste a recibirla, resulta claro que el deudor tendrá dos caminos. El primero consistirá en retener el dinero debido, si le resultara tolerable que sobre él se sigan devengando los intereses compensatorios correspondientes. La segunda vía consistirá en decidir que no le resulta conveniente continuar asumiendo el pago de intereses compensatorios, luego de constituido en mora el acreedor. Esta situación conducirá al deudor a tratar de liberarse a la brevedad posible del devengamiento de dichos intereses compensatorios; y la única forma que tendrá para lograrlo es la de recurrir al pago por consignación, mecanismo que surtirá los efectos liberatorios del pago.

Por otra parte, y a pesar de que resulta evidente, mientras subsista la mora del acreedor, no puede pensarse en la generación de intereses moratorios en perjuicio del deudor; ello, en estricta aplicación del antiguo principio «no hay mora sin culpa».

A su turno, Caballero Lozano[3338] expresa que los efectos de la mora del acreedor son distintos para cada tipo de obligación. Atendiendo al objeto, la pérdida de la cosa debida tiene un sentido distinto en las obligaciones de hacer respecto a las de dar. Con relación al vínculo, la incidencia de la mora, en cuanto al riesgo por pérdida de la cosa, es distinta en las obligaciones simples y en las recíprocas, si no diametralmente opuestas. Asimismo, los efectos dependen de la calificación que merezca la cooperación, si es una obligación o una carga.

Además el autor citado considera que el momento determinante es aquel en el cual coincidan, primero que el deudor haya hecho todo cuanto debía, de modo que a partir de entonces el cumplimiento dependa sólo y exclusivamente del acreedor; y segundo, cuando el acreedor se haya negado a colaborar en el cumplimiento. Éste es el momento en que un hecho dependiente del acreedor imposibilita la continuación de la actividad solutoria del deudor o su culminación, porque hasta esa fecha cabía esperar, por el deudor, conforme a la buena fe, la actividad positiva del acreedor.

Los efectos de la mora del acreedor, según precisa Caballero Lozano, van dirigidos a evitar al deudor cualquier consecuencia dañosa derivada de la falta de cooperación del acreedor; asimismo, y de modo secundario, el fin que se persigue es mantener, en lo posible, la integridad de la prestación a la que tiene derecho el acreedor, a pesar de estar en una situación reprobada por el Derecho. Así, los

3338 Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 239-245.

citados efectos redundan en beneficio no sólo del deudor, sino también —aunque sea de modo indirecto— del acreedor. Agrega Caballero Lozano que esto segundo es notorio desde el momento en que el deudor continúa obligado a conservar la cosa objeto de la prestación y responde de su pérdida o deterioro culpables.

Nosotros coincidimos con lo expresado por Caballero Lozano, ya que debe tenerse sumo cuidado en apreciar desde qué momento se produce la situación moratoria del acreedor, para también poder conocer desde qué momento se originarán los efectos estudiados.

Resulta claro, asimismo, que no todas las situaciones de mora tendrán similares características, en la medida en que mucho dependerá del tipo de obligación, de su naturaleza y de los términos y condiciones contractuales.

No obstante, la experiencia enseña que en la práctica no resulta difícil identificar estos momentos.

2.4. La mora del acreedor y el pago por consignación judicial

El pago por consignación es consecuencia de la resistencia del acreedor a recibir la prestación que le está ofreciendo el deudor.

En este sentido, la *mora creditoris* opera como un presupuesto para que el deudor haga uso de su derecho a la liberación del vínculo contractual a través de la consignación judicial.

Al respecto, Caballero Lozano[3339] considera que frente a la exoneración total de responsabilidad que producen el pago y los subrogados del cumplimiento, entre los que se encuentra la consignación judicial, la mora del acreedor efectúa una liberación parcial de la deuda. La mora y la liberación coactiva tienen presupuestos muy parecidos y finalidades completamente análogas, pero no producen los mismos efectos, porque si bien el ofrecimiento de pago no seguido de consignación es suficiente para constituir al acreedor en mora, sin embargo, hasta que se efectúe el depósito judicial, aceptado por el acreedor o declarado válido por el juez, no se extingue la obligación.

Agrega dicho autor que el ofrecimiento de pago, ya sea real o verbal, no equivale al cumplimiento, ni aun en el caso de ser rechazado por el acreedor. La razón es sencilla: la oferta malograda no satisface el interés del acreedor, porque no le coloca en la situación de poder beneficiarse inmediatamente de la prestación que le es debida. El deudor ha realizado todo lo que de él dependía, pero no ha desarrollado toda la actividad en que consiste el cumplimiento. Si el deudor pudiese cumplir por sí mismo, carecería de sentido la mora del acreedor, porque ésta exige la necesidad de la cooperación del acreedor en orden a la íntegra realización de la prestación, cooperación del acreedor que es suplida por el juez.

3339 *Ibidem*, pp. 327-329.

EDUARDO CASTILLO FREYRE

Indica Caballero Lozano que el procedimiento de liberación es de libre iniciación por el deudor; él podrá contentarse con haber provocado la mora del acreedor y quedará cubierto de una eventual demanda de resolución y con haber hecho recaer sobre el acreedor las mayores cargas de la subsistencia de la obligación más allá del término previsto, libertad que —en la práctica— queda limitada en el sentido de que el deudor ha de hacer todo lo posible para evitar gastos injustificados al acreedor, lo que exigirá en múltiples ocasiones el depósito judicial de la cosa.

Respecto a las obligaciones de hacer, el autor citado considera que la liberación del deudor puede darse mediante la resolución judicial en la que se declare que estuvo dispuesto a cumplir. En tal caso, la resolución es una auténtica sentencia de liberación.

En suma, Caballero Lozano estima que la mora del acreedor deja expedito el recurso a la consignación judicial de la cosa o a la resolución judicial equivalente, cuando la obligación sea de hacer, alcanzándose la íntegra liberación del deudor.

Por su parte, Moisset de Espanés[3340] señala que «El pago por consignación es un mecanismo que la ley prevé para facilitar al deudor que se libere, es decir, ejercite su «derecho a pagar», en los casos en que no cuenta con la colaboración del acreedor, sea porque éste se niega a brindar esa colaboración, sea porque no puede hacerlo. Este procedimiento judicial tiene como finalidad primordial poner fin a la vida de la relación jurídica obligatoria, que no ha podido concluir de manera normal».

Nosotros coincidimos con las expresiones de Caballero Lozano y de Moisset de Espanés. Por lo demás, remitimos al lector a lo estudiado oportunamente en torno a las relaciones entre la mora del acreedor y el pago por consignación y a las diferencias entre ambas figuras, materia que analizamos seguidamente.

2.4.1. Diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación

2.4.1.1. En cuanto a la causa

Según explica Moisset de Espanés, la regla general para que proceda la consignación es la falta de colaboración del acreedor en recibir el pago; pero esa falta de colaboración puede tener muy diversas causas y ser o no imputable al acreedor.

Al respecto, añade que cuando la falta de colaboración es imputable al acreedor, que obrando culposamente no recibió el pago, se produce la configuración de la mora del acreedor, la cual hace posible la consignación. Pero, también se admite la consignación cuando esta falta de cooperación es inimputable, como sucede cuando el acreedor es incapaz o estuviese ausente; e inclusive puede suceder que

3340 Moisset de Espanés, Luis. «Diferencias entre la mora del acreedor y pago por consignación (con referencia al Código peruano de 1984)». *Op. cit.*, pp. 1-9.

la ley le imponga el deber de no recibir el pago, como ocurre cuando la deuda ha sido embargada.

Evidentemente, estamos de acuerdo con las expresiones del profesor argentino, habida cuenta de que una de las principales diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación está dada por el hecho de que para que exista mora necesariamente debe haber culpa del acreedor (no hay mora sin culpa), en tanto que para que proceda la consignación no necesariamente tiene que haber habido una falta de aceptación dolosa o culposa por parte del acreedor.

2.4.1.2. En cuanto al riesgo y a los intereses

Respecto a los intereses y a los riesgos de la prestación, Moisset de Espanés considera que las normas de la consignación judicial sólo tienen interés cuando se llega a la consignación porque el acreedor no puede colaborar; ya que cuando el acreedor no ha querido hacerlo, es un requisito previo para consignar el que se lo constituya en mora, y es desde este momento que los riesgos de la cosa habrán pasado al acreedor, y también habrá cesado el curso de los intereses.

Para nosotros es claro que mientras el deudor no haya constituido en mora al acreedor, correrá con los riesgos de pérdida de la cosa (*periculum est debitoris*); en tanto que después de haberlo constituido en mora se transferirá el riesgo (*periculum est creditoris*).

Sin embargo, este último concepto no rige en el supuesto de que el cumplimiento de la obligación sea imposible por dolo o culpa inexcusable del deudor, caso en el cual éste asumirá el riesgo.

En cambio, desde el momento en que se produce el pago por consignación, el deudor se libera de los riesgos de pérdida del bien, en la medida en que él ya no se encontrará dentro de su ámbito de influencia y cuidado.

Con relación al tema de los intereses compensatorios, ya hemos dicho que si ellos se hubiesen estado devengando antes del momento de la constitución en mora del acreedor, continuarán devengándose luego de la mora, a menos que el deudor proceda a consignar lo debido, momento en el cual dejará de deber interés compensatorio alguno.

2.4.1.3. En cuanto a su naturaleza judicial o extrajudicial

Moisset de Espanés al comentar el tratamiento de la consignación por el Código Civil peruano, piensa que, con respecto al artículo 1252[3341], parece ser que el que

3341 El artículo 1252 del Código Civil prescribe lo siguiente: «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

se hable de ofrecimiento judicial o extrajudicial de pago ha llevado a que algunos crean que podría haber consignación extrajudicial, lo cual es erróneo, pues la doctrina más autorizada entiende, basándose en el artículo 1253[3342], que la consignación es siempre un proceso judicial.

No cabe duda, en opinión nuestra, de que la consignación sólo puede efectuarse judicialmente. Nunca será posible hablar de una consignación extrajudicial.

Dentro de la lógica distorsionada del artículo 1252 del Código Civil, únicamente será factible referirnos a un ofrecimiento de pago judicial o extrajudicial, a pesar de que el ofrecimiento de pago es fundamentalmente extrajudicial.

En lo que respecta a la mora del acreedor, ésta será extrajudicial en la medida en que el ofrecimiento de pago hubiese sido extrajudicial, en tanto que será judicial en la medida en que dicho ofrecimiento de pago revista este mismo carácter y, claro está, se trate del primer ofrecimiento.

2.4.1.4. En cuanto a su eventual carácter transitorio o instantáneo

Moisset de Espanés considera que la mora del acreedor da lugar a una situación transitoria, en cuyo transcurso aún existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago.

La consignación, en cambio, «aunque se extienda en el tiempo —por la necesidad de sustanciar el proceso— es un hecho «idealmente» instantáneo, que tiende a poner fin de manera definitiva a la relación jurídica obligatoria».

Nosotros no estamos seguros de que la mora del acreedor sea una situación transitoria y que el pago por consignación sea una situación instantánea; ello, por lo menos, no en términos absolutos.

La mora del acreedor plantea una situación que, en apariencia, está destinada a tener carácter transitorio, debiendo concluir ya sea porque el acreedor finalmente termina cediendo y cobra la prestación; o porque el deudor consigna; o porque la

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».

3342 El artículo 1253 del Código Civil 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.— 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».

prestación termina deviniendo en imposible; o, al fin y al cabo, porque se presenta alguna de las circunstancias que ponen fin a la mora.

Sin embargo, no obstante que las situaciones reseñadas serán las de más frecuente ocurrencia, nadie puede conocer cuándo terminará la situación de mora del acreedor en las obligaciones que no tengan carácter de *intuitu personae;* y, en la medida en que sean susceptibles de heredarse, si luego de constituido en mora el acreedor, éste nunca hubiera cobrado y el deudor nunca hubiera consignado; podría plantearse, al menos en teoría, una situación de mora prácticamente eterna.

2.4.1.5. En cuanto a la justificación de la conducta omisiva

Según Moisset de Espanés, la mora del acreedor exige siempre de su parte una conducta culpable o ilegítima; a la consignación puede llegarse en casos en que el acreedor no ha tenido ninguna culpa y su omisión de colaborar se encuentra justificada.

Este tema, en nuestra opinión, se relaciona con otro que analizamos anteriormente (el de la culpa). Resulta claro que no hay mora sin culpa, pero que sí puede haber consignación sin que haya mediado culpa del acreedor.

No nos queda clara, sin embargo, la afirmación del profesor argentino en el sentido de que en los casos de consignación la omisión de colaborar por parte del acreedor, se encuentra justificada.

De existir justificación jurídica para que el acreedor no realice los actos de colaboración, ello se deberá a que el Derecho lo ampara. Y si así fuese, y el deudor consignara, esta consignación debería ser declarada improcedente.

2.4.1.6. En cuanto a la obligatoriedad de consignar

Otra diferencia que señala Moisset de Espanés es que el «deudor que ha constituido a su acreedor en mora no está obligado a consignar, sino que puede esperar que el acreedor purgue su mora, y pagar recién cuando el acreedor se avenga a recibir la prestación».

Lo señalado nos parece evidente, pues el deudor que ha constituido en mora a su acreedor no tiene obligación alguna de consignar.

2.4.1.7. En cuanto a sus efectos

Según Moisset de Espanés: «La constitución en mora del acreedor tiene solamente como efecto trasladar los riesgos de la prestación y hacer cesar el curso de los intereses. La consignación va más allá, puesto que extingue la obligación, y en tal caso ya no podrá hablarse de riesgos de la prestación, ni de intereses [...]».

Estamos plenamente de acuerdo con lo anotado por el profesor cordobés, en la medida en que el deudor consigne el bien debido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.5. Extinción de la mora del acreedor

Los supuestos de extinción de la mora del acreedor son los siguientes:

2.5.1. Renuncia de la parte afectada o perjudicada

Según Vas Serra[3343], esto demuestra que no existe interés en los efectos producidos. Ello puede darse cuando las partes convengan un nuevo plazo para el cumplimiento. La renuncia puede ser más o menos amplia, conforme al interés de las partes.

Llambías señala, además, que la mora del acreedor también puede cesar por decisión del deudor, cuando éste renuncia —total o parcialmente— a la prestación de hacer valer los derechos a su favor, producto de aquella mora. Anota que dicha renuncia puede ser expresa o tácita.

Esta causa de cese de la mora del acreedor —precisa Llambías—, no altera, en principio, los efectos ya producidos por ese estado. Así, si se conviniera un plazo para recibir una máquina que antes fue rechazada por el acreedor, esto importaría, por renuncia tácita del deudor, la purga de la mora precedente de aquél, pero no extinguiría la obligación accesoria de indemnizar los daños y perjuicios moratorios experimentados hasta ese momento por el deudor.

En efecto, si el deudor, como parte perjudicada por la mora del acreedor, acuerda con éste dar por concluida la situación moratoria, y conviene un nuevo plazo para el pago o extingue la obligación por un medio distinto al pago, dicho deudor podría o no renunciar a la indemnización por el lapso en que estuvo en mora el acreedor.

El caso previsto es el de una renuncia a la mora acordada entre deudor y acreedor. Pero la renuncia podría tener carácter unilateral en la medida en que el deudor decidiera no hacer valer los derechos que le confiere la condición moratoria del acreedor. Entonces ella estaría circunscrita a tal renuncia, el acreedor ya no se encontraría en mora, y el deudor podría o no ejercitar su derecho a la indemnización por el periodo moratorio.

2.5.2. El acreedor efectúa el acto de cooperación que omitió ofreciendo todo lo que debe en virtud de la mora

Según Caballero Lozano, la declaración de querer cooperar contendrá una interpelación al deudor para que realice la prestación.

Si el deudor no cumple, incurre en *mora solvendi*. Con la extinción de la mora del acreedor comienza la del deudor. Por el cumplimiento de la obligación,

3343 Vaz Serra. Citado por Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, p. 340.

posterior a dicha mora, no se extinguen los derechos del deudor consecuencia de aquélla, salvo que haya renuncia expresa o tácita.

Convenimos en que la mora del acreedor se extinguirá cuando éste efectúe los actos de cooperación que debió realizar en su momento y cuya ausencia determinó que se configurara la mora.

Tales actos de colaboración deberán ajustarse, desde luego, a lo establecido en el título constitutivo de la obligación.

2.5.3. Por la extinción de la obligación

Caballero Lozano[3344] indica que también se extingue la mora del acreedor por la extinción de la obligación; la mora cesa porque carece del soporte jurídico necesario, ya que no hay mora sin obligación. La pérdida de la cosa después de la mora (el riesgo lo soporta el acreedor), la prescripción, la compensación, la confusión, etcétera, ponen definitivamente término a la mora.

Por su parte, Llambías refiere que cesa la mora del acreedor por la extinción de la obligación a que se refiere, cualquiera sea la causa de la extinción: pago, imposibilidad de pago, etcétera; lo que se explica porque la mora es una calificación jurídica que se aplica a un modo de ser de la obligación, y que naturalmente desaparece con la disolución del mismo vínculo, pues no queda nada que sea susceptible de tal calificación.

Sobre esta causa de extinción de la mora del acreedor, el autor citado resalta que es más enérgica e intensa que las anteriores, ya que al disolverse el vínculo obligacional se termina con las prestaciones accesorias a la obligación principal.

Desde nuestra perspectiva, también consideramos que la extinción de la obligación, sea por la causa que fuere, constituye el medio más claro de extinción de la mora del acreedor. El tema resulta tan evidente que no requiere de mayor explicación.

2.5.4. Cuando el deudor vuelve a ofrecer el pago y éste es aceptado por el acreedor

La mora del acreedor también se extingue mediante una nueva oferta del deudor seguida de la aceptación del acreedor. El problema reside en determinar quién abonará los gastos de ese segundo intento de pago. En opinión de Caballero Lozano, corresponde al acreedor suplir las cantidades satisfechas para tal fin por el deudor, ya que todos los gastos generados por la conducta omisiva del acreedor son de cuenta de éste. Asimismo, se pone término a la *mora creditoris* cuando acreedor y deudor fijen, de mutuo acuerdo, un momento ulterior para el cumplimiento, o éste conceda una prórroga a aquél.

3344 Caballero Lozano, José. *Op. cit.*, pp. 340-343.

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

Si el acreedor, en nuestra opinión, se encontrase constituido en mora y el deudor le efectuara un nuevo ofrecimiento de pago, sería claro que dicho ofrecimiento no estaría constituyendo nuevamente en mora al acreedor (pues sólo se constituye en mora una vez, por una prestación ya incumplida).

Pero si ese nuevo ofrecimiento de pago es seguido por la aceptación del acreedor y el pago efectivo a éste, entonces habría terminado la mora creditoria y se extinguiría la obligación como consecuencia del pago, quedando en aptitud el deudor de exigir al acreedor la reparación de los perjuicios que le originó durante el periodo moratorio.

2.5.5. El discutible supuesto del retiro de la cosa consignada

Caballero Lozano considera que el retiro de la cosa consignada no pone término, por sí mismo, a la mora del acreedor. Esto significa un desistimiento en el procedimiento de consignación, pero no supone necesariamente una renuncia del deudor a toda protección que le otorgue el Derecho ante la conducta omisiva del acreedor; prueba de ello es que puede consignar nuevamente.

Refiere el profesor citado que todo dependerá de si se mantienen las condiciones de la oferta, en especial, la prontitud. Además, el deudor puede retirar la oferta, así como renunciar a los efectos de la mora ya producida. Por el contrario, no sería válida la renuncia a efectos futuros ni a efectos de una futura mora del acreedor.

En principio, coincidimos con la opinión de Caballero Lozano. Sin embargo, a pesar de que el retiro de la cosa consignada no impide que el deudor pueda consignar nuevamente, es discutible sostener que el retiro de lo consignado no implica una tácita admisión de que la prestación consignada no se debía.

Ello podrá o no ser así, y precisamente por esto pensamos que existen elementos de juicio para cuestionar el tema.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indemnización de los daños que la mora cause al deudor

Artículo 1339.- El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso.

1. Fuentes nacionales del artículo 1339

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 Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, artículo 194: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso»; luego, por el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, artículo 1357: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso»; y, finalmente, por el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, artículo 1306: «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso».

2. Análisis

Constituye también un efecto de la mora del acreedor, previsto en el artículo 1339 del Código Civil peruano de 1984, el deber de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios que le origine su actitud.

Esta indemnización comprenderá tanto los gastos originados por el ofrecimiento de pago que no fue aceptado, como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida.

Asimismo, cabe recordar que es criterio universal que resultan susceptibles de indemnización los daños y perjuicios de carácter moratorio, vale decir, aquéllos que se generen durante el periodo de la mora, sea ésta del deudor o del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hinestrosa[3345], sobre este punto, sostiene que el acreedor debe ser puntual al permitir el pago, so pena de incurrir en mora, asumir los riesgos consiguientes, exponerse a la ejecución coactiva de su contraparte y quedar obligado a resarcir los daños y perjuicios que su actuar haya ocasionado.

Por lo demás, esta materia se regulará por las disposiciones generales del Código Civil (artículos 1314 y siguientes).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3345 HINESTROSA, Fernando. *Op. cit.*, p. 610.

Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento

Artículo 1340.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

1. Fuentes nacionales del artículo 1340

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 Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 abordaba el tema en su artículo 195: «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor»; en tanto el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 lo hacía en el artículo 1358: «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en el artículo 1307: «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

2. Análisis

Refiere Albaladejo que el acreedor pasa a soportar los casos fortuitos (o hipótesis de fuerza mayor), incluso cuando, si no hubiese incurrido en mora, hubiesen sido de cuenta del deudor.

Por lo que atañe a la imposibilidad de la prestación (o de realizarla exactamente) que procede de culpa (de culpa en sentido estricto, o de dolo) del deudor, sigue siendo, a pesar de la mora del acreedor, responsable aquél; pues no sería justo que, aun siendo el acreedor causante del retraso, resulte perjudicado por algo

ESTUDIO MUÑIZ CASTRO FREYRE

cuando no depende de tal retraso, sino de culpa de la otra parte. Puig Brutau[3346] comparte este parecer.

Moisset de Espanés[3347], por su parte, comentando las normas sobre la mora del acreedor del Código Civil peruano de 1984, refiere que a partir del momento en que se constituye en mora al acreedor quedan a su cargo los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa inexcusable del deudor (artículo 1340 del Código Civil peruano)[3348].

Respecto a la regla citada, Moisset sostiene que ésta se limita a hablar de «imposibilidad», pero resulta indudable que si el acreedor es moroso, esta circunstancia, asimismo, sitúa a su cargo los riesgos por los deterioros que sufra la cosa o los menoscabos y limitaciones de cualquier tipo que se produzcan en las obligaciones de hacer o de no hacer.

El citado profesor considera que lo dispuesto en el artículo 1340 del Código Civil peruano resulta concordante con la previsión contenida en el último párrafo del artículo 1140 del propio Código[3349], que exime al deudor de pagar el valor del bien cierto debido, cuando el acreedor ha sido constituido en mora.

El contenido del artículo 1340 del Código Civil establece de manera muy clara que los riesgos por imposibilidad de cumplimiento de la obligación sin culpa de las partes son asumidos por el acreedor que se encuentra en estado moratorio.

Ésta no es otra cosa que la transferencia del riesgo, que constituye uno de los efectos propios de la constitución en mora del acreedor.

Normalmente, dentro del esquema que en materia de teoría del riesgo contempla el Código Civil peruano de 1984, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes, acarrea la aplicación del principio *periculum est debitoris*. Esto significa que el riesgo de pérdida o deterioro de la prestación o de imposibilidad de ejecución de ésta, en el sentido amplio, habitualmente es asumido por el deudor, vale decir, que será el deudor quien sufra los riesgos y perjuicios de dicha imposibilidad, traducidos en la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Sin embargo, el estado moratorio hace que se configure una situación distinta; precisamente, la situación que se presentará será la inversa, produciéndose la transferencia del riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes.

3346 Puig Brutau, Luis. *Op. cit.*, pp. 495 y 496.

3347 Moisset de Espanés, Luis. *La mora en el Código Civil de Perú de 1984. Op. cit.*, pp. 16 y 17.

3348 El artículo 1340 del Código Civil prescribe que: «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

3349 El artículo 1140 del Código dispone que: «El deudor no queda eximido de pagar el valor del bien cierto, aunque éste se haya perdido sin su culpa, cuando la obligación proviene de delito o falta. *Esta regla no se aplica si el acreedor ha sido constituido en mora*» (la cursiva es nuestra).

Dentro de tal orden de ideas, el principio que se aplicará a partir de la constitución en mora del acreedor, será el *periculum est creditoris* (el acreedor sufre el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere).

Note el lector que en ningún momento hemos hecho referencia al tema de la indemnización por daños y perjuicios, en la medida en que ésta no se deberá (por lo menos, en su aspecto compensatorio) si es que la prestación resultase imposible sin culpa de las partes, por más que el acreedor se encontrara en estado moratorio.

Por otra parte, Moisset de Espanés considera que existe una aparente contradicción entre los artículos 1340 y 1140 del Código Civil —por un lado— y el artículo 1251 —por otro—, precepto, este último, que parece exigir que al ofrecimiento de pago se sume la consignación de la cosa debida para liberar de responsabilidad al acreedor[3350]. En este sentido, Moisset de Espanés entiende que una adecuada correlación de estas reglas debería llevar a las siguientes conclusiones:

1. El ofrecimiento de pago, o la correspondiente intimación de que se cumplan las conductas de colaboración debidas por el acreedor, lo coloca en situación de mora, pero la obligación todavía existe.
2. Durante la mora del acreedor los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación están a su cargo.
3. La mora del acreedor abre camino a la posibilidad de consignar.
4. La consignación válidamente efectuada libera totalmente al deudor y extingue la obligación.

Por nuestra parte, insistimos en que deben entenderse como temas distintos la constitución en mora del acreedor y el pago por consignación.

Ello, porque la situación moratoria acarreará determinadas consecuencias que nos encontramos estudiando, las que son distintas a las del pago por consignación.

Además, la mora del acreedor responde necesariamente a lo que se entiende por actos de ofrecimiento de pago, seguidos de una falta o ausencia de cooperación por parte del acreedor de la obligación. Pero, como sabemos, el ofrecimiento de pago no es sinónimo de consignación, ya que ésta es necesariamente un acto posterior al ofrecimiento de pago. Es más, como lo analizamos en su oportunidad, no hay consignación sin previo ofrecimiento de pago, pues el Derecho entiende que sería absurdo consignar sin antes haber ofrecido pagar o, al menos, haber comprobado encontrarse en la imposibilidad material o jurídica de realizar dicho ofrecimiento.

3350 El artículo 1251 del Código Civil establece que: «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 hubiera 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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De otro lado, dentro del régimen legal peruano, la consignación, salvo que la ley establezca lo contrario, es voluntaria, vale decir que el deudor deberá realizar un análisis del caso concreto para obtener sus propias conclusiones en el sentido de si le conviene consignar o no, luego de haber ofrecido el pago. Y no siempre será conveniente para el deudor consignar, pues hay ocasiones en las cuales el deudor se verá beneficiado con no consignar, como sería el caso en el cual mantuviese la posesión de un bien que le fuera útil y que no se deteriore con el uso (por ejemplo, una joya) y que no le reportase el pago de costos de mantenimiento, ni de intereses compensatorios.

Agrega Moisset de Espanés que cuando el acreedor está en mora no se aplica la regla de que, haciéndose imposible la prestación en poder del deudor, se presume que es por su culpa. Dicha presunción, que carga sobre el deudor la prueba de su no culpabilidad, sería perjudicial para él mismo, y lo sería por causa del acreedor, que, al no recibir la prestación, motivó que ésta siguiese en poder del deudor. Por ello, parece justo que, en caso de mora del acreedor, se presuma que la imposibilidad de la prestación procede de caso fortuito, permitiéndose que el acreedor pruebe lo contrario.

Por nuestra parte, disentimos de esta opinión. La divergencia obedece a que no resulta posible dar una lectura distinta a una presunción legal, como la establecida en el artículo 1329 del Código Civil, precepto que señala lo siguiente: «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor». En consecuencia, si se origina el incumplimiento de una obligación, inmediatamente se aplicará la presunción establecida en la norma citada.

Sin embargo, como se trata de una presunción *iuris tantum,* vale decir de una presunción que admite prueba en contrario, el deudor podría demostrar, si fuera el caso, que su incumplimiento no obedeció a causa a él imputable.

Dentro de tal orden de ideas, si el deudor hizo el ofrecimiento de pago respectivo y este ofrecimiento no fue seguido por la aceptación o por los actos de colaboración del acreedor, necesarios para que el deudor pudiera pagar, entonces se configuraría el supuesto previsto por el artículo 1314 del Código Civil, precepto que dispone que «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Así, no se trata de invertir presunción alguna. Sólo se trata de que ante una situación de incumplimiento, el deudor que no ha podido pagar por culpa del acreedor se vea exonerado de responsabilidad, pero, para tal efecto, deberá probar la condición moratoria del acreedor.

Como la mora del acreedor no se presume, ni se entiende por dada, ella deberá ser demostrada por el deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mora y resolución contractual[3351]

Buenas noches,
Señores profesores,
Estimados colegas,
Queridos alumnos,

1. Introducción

Cuando hace algunas semanas se me convocó para participar en este congreso, en realidad, no tenía claro el tema de mi disertación, razón por la cual, señalé el título de «Algunas consideraciones generales acerca de la mora»; ello, habida cuenta de que no cabe duda de que existen múltiples materias de orden práctico, sobre las que resulta necesario investigar y profundizar, que involucran diversos aspectos del fenómeno moratorio.

Ya dentro de la necesidad de precisar el tema de mi exposición, en días pasados, decidí abordar uno de los aspectos que, a mi juicio, resulta más relevante sobre el particular.

Se trata de la relación existente entre la mora y la resolución de los contratos.

En principio, las dos figuras se hallan legisladas en nuestro ordenamiento jurídico de modo separado.

Por un lado, tenemos que la mora es tratada dentro del segundo capítulo del título relativo a la inejecución de obligaciones del libro de Las Obligaciones (artículos 1333 a 1340); en tanto, la resolución de los contratos es abordada en los artículos 1371 y 1372 (comprendidos dentro del Título I, Disposiciones generales de la Sección primera, Contratos en general, del Libro VII, Fuentes de las obligaciones; además de los numerales 1428, 1429 y 1430, estos tres últimos ubicados dentro del Título VI, de los Contratos con prestaciones recíprocas.

Para empezar, debemos hacer la precisión de que las normas que establecen los diversos caminos para resolver los contratos (1428, 1429 y 1430) no señalan algo en especial con respecto a la mora, de modo tal que el objetivo de esta

3351 Este acápite se basa en una ponencia, del mismo nombre, escrita y pronunciada por Mario Castillo Freyre en un Congreso de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, publicada en *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje.* (Quinta parte). *Op. cit.*, pp. 15-33.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

disertación, será analizar de qué manera la mora puede constituir o no requisito indispensable para resolver un contrato.

2. Los caminos existentes ante el incumplimiento contractual

Tradicionalmente, es conocido en derecho que cuando nos hallamos frente al incumplimiento obligacional en un contrato con prestaciones recíprocas, la parte fiel puede recurrir a dos vías: exigir el cumplimiento de la obligación o resolver el contrato.

Dentro de tal orden de ideas, no cabe duda de que, si la parte fiel mantuviese el interés en la ejecución del contrato, requerirá su cumplimiento a la parte infiel, a efectos de ver satisfecho su crédito y los intereses económicos correspondientes.

Es más, en la inmensa mayoría de los casos, ante un incumplimiento, lo primero que hará el acreedor de la obligación, será exigir al deudor que cumpla, y si partimos de la regla general del Derecho Civil peruano, de la no presunción de existencia de mora automática, entonces, estaremos frente al caso en el cual, el primer requerimiento de pago será un requerimiento constitutivo de mora, de manera tal que, todos los requerimientos de pago posteriores o sucesivos que pueda realizar ese acreedor al deudor incumpliente, ya no serán constitutivos de mora, en la medida en que sólo el primer requerimiento constituye en mora, y el deudor incumpliente se hallará en estado moratorio hasta que purgue la mora, lo que, más allá de poderse dar a través de otras circunstancias, fundamentalmente se producirá por el eventual cumplimiento de la prestación debida.

Claro está que la parte fiel del contrato no necesariamente mantendrá para siempre ese interés en el cumplimiento de la prestación debida, pues podrá llegar el momento en el cual deje de tener tal interés; y, por lo tanto, se presentará la ausencia de uno de los requisitos de existencia de la mora.

Esa falta de interés sobreviniente, para tener relevancia jurídica, es claro que tendrá que ser comunicada por el acreedor al deudor, ya sea para, simplemente, dejar sentada tal situación, o por haber activado el mecanismo resolutorio del contrato en cualquiera de las formas previstas por la ley.

En base a lo expuesto, también podríamos imaginar la situación en la cual el acreedor no haya constituido en mora al deudor, dada la inexistencia de un supuesto de mora automática, además de la no intimación o requerimiento.

Es esta última situación la que nos interesa abordar en detalle, pues podría ocurrir que, a pesar de la inexistencia de mora del deudor, el transcurso del tiempo sin que se ejecute la obligación, haya conducido a que el acreedor pierda interés en su cumplimiento y decida recurrir a la resolución contractual.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, volvemos a la pregunta central de esta breve disertación, que gira en torno a si resulta posible resolver un contrato, sin que el deudor haya sido constituido previamente en mora por el acreedor.

3. La mora y los diversos caminos para resolver un contrato

Como sabemos, el Código Civil peruano establece tres caminos distintos para poder resolver un contrato.

Se ha expresado en reiteradas ocasiones, que estos tres caminos son absolutamente formalistas, y tanto la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, como los tribunales arbitrales, coinciden en señalar que los mecanismos resolutorios son, prácticamente, plantillas de orden público, cuyos esquemas no pueden ser modificados, en lo esencial, por la parte que desea resolver un contrato.

Seguidamente, relacionaremos cada uno de estos supuestos con la constitución en mora.

3.1. Resolución judicial o arbitral por incumplimiento

El artículo 1428 regula el mecanismo más tradicional y, tal vez, el menos recurrido en nuestros tiempos.

Estamos refiriéndonos a la resolución judicial por incumplimiento, la misma que, en base a lo establecido por la Disposición Complementaria Cuarta[3352] de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071, extiende sus efectos al campo arbitral.

El referido artículo 1428, señala lo siguiente:

> Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Como se puede apreciar claramente, la norma citada hace referencia a que cuando una parte falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, expresión que nos vuelve a aquella temática a que hicimos referencia hace unos momentos, en el sentido de que la parte fiel tiene, en teoría, esos dos caminos alternativos, vale decir, solicitar el cumplimiento o resolver el contrato.

3352 Cuarta. **Juez y tribunal arbitral**.
A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

FRANCISCO ARIAS CASTILLO PEREYRA

Nos queda muy claro que el camino de solicitar el cumplimiento, hará que el deudor quede constituido en mora; pero lo que no queda claro es qué se necesita para recurrir al camino resolutorio.

¿La parte fiel puede solicitar la resolución del contrato sin antes haber requerido el cumplimiento de la prestación?

El artículo 1428 parecería sugerir que sí, pero nos encontramos frente a un importante obstáculo de orden teórico; y es que si no hay pacto de mora automática y el deudor no ha sido constituido en mora por el acreedor, entonces, no podría decirse que nos encontramos frente a una situación de incumplimiento contractual que resulte jurídicamente relevante para el derecho, es decir que tenga consecuencias jurídicas.

Como sabemos, cuando el acreedor no reclama al deudor el cumplimiento de la prestación, es decir, cuando no lo constituye en mora, tal situación de pasividad implica lo que se conoce en Derecho Civil como una "prórroga tácita del plazo", lo que supone que no nos encontraremos en presencia de un deudor moroso; y si se le ha prorrogado el plazo, tampoco nos encontraremos frente a un deudor incumpliente, razón por la cual, en principio, sería posible pensar que no se podría demandar ante los tribunales la resolución contractual por incumplimiento, dado que el acreedor nunca dio al deudor la oportunidad de cumplir, luego de haberlo requerido para tales efectos, situación que no se presentó.

En otras palabras, no se podría intentar judicialmente la resolución de un contrato cuando el deudor no ha sido constituido en mora.

Pero, esta tesis puede ser discutida, en la medida en que la parte fiel del contrato alegue que, si bien no ha reclamado el cumplimiento de la prestación (constituyendo en mora al deudor), ello no obsta a que en el transcurso del tiempo, puedan haber desaparecido alguno o algunos de los elementos indispensables para que exista mora, dentro de ellos, claro está, el interés que debe mantener el acreedor en el cumplimiento de la prestación que el deudor no ejecuta.

En ese orden de ideas, podría perfectamente ocurrir que el acreedor (o parte fiel del contrato), pierda interés en el cumplimiento de la prestación, de modo tal que no podría forzársele a constituir en mora al deudor, precisamente, cuando ya carece de ese interés.

De este modo, aquí podría operar perfectamente la alternativa prevista por el artículo 1428 del Código peruano, en el sentido de que el acreedor puede optar por demandar ante los tribunales para que declaren la resolución del contrato, sin haber constituido en mora al deudor.

Es importante subrayar, finalmente, que la última parte del artículo 1428 señala que, «a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esto deja en evidencia que, independientemente de si en algún momento previo el acreedor constituyó en mora al deudor, con la demanda de resolución, el acreedor está dejando claramente establecido que ya carece de interés en el cumplimiento de dicha prestación, razón por la cual, desde que se notifica la demanda, el deudor queda impedido de cumplir su prestación.

No debemos olvidar que el Código Civil de 1984 es anterior a las primeras Leyes de Conciliación y a las Leyes de Arbitraje. En ese sentido, dado que la resolución del contrato constituye materia conciliable, es necesario decir que entendemos que esta imposibilidad de cumplir, debería entenderse aplicable desde el momento en que el deudor sea notificado con la solicitud para conciliar.

Ni la ley ni el reglamento de conciliación vigentes tratan sobre el particular.

En ese sentido, si hiciéramos una interpretación estricta del texto de la norma del segundo párrafo del artículo 1428 del Código Civil, independientemente del inicio del procedimiento conciliatorio, se debería entender que el deudor sí podría cumplir con la prestación hasta ser notificado con la demanda judicial, ya que el texto del artículo así lo dice expresamente. Esta interpretación, además, se sostendría en el hecho de que la conciliación abre un espacio para que se pueda arribar a un acuerdo y, así, solucionar el problema.

Pero nosotros no compartimos necesariamente este punto de vista, pues creemos que se podría interpretar la vieja expresión: «citación con la demanda», como el hacer uso del derecho de acción, el cual se materializaría en un primer momento, con la invitación a conciliar; y, por tanto, el deudor ya se encontraría impedido de cumplir después de ello.

Además, no debemos olvidar que la citación a conciliar no versa sobre un reclamo de cumplimiento obligacional, pues la parte fiel del contrato sólo desea resolverlo.

La interpretación sobre la que hacemos fe, va de la mano, pues, con el hecho fundamental de que en caso se solicite la resolución del contrato, el acreedor habría perdido interés en la ejecución de la prestación, razón por la cual, no tendría sentido que el deudor todavía se encuentre en posibilidad de ejecutar la prestación que ha venido incumpliendo.

La doctrina nacional coincide, siguiendo las enseñanzas de los maestros De la Puente y Osterling, en que si se demanda la resolución del contrato en virtud del artículo 1428, es porque se ha perdido el interés en que el deudor cumpla con la prestación, y que, por consiguiente, no tendría sentido que, una vez notificada la demanda, el deudor incumpliente, aún pretenda cumplirla.

Creemos que la misma lógica debería aplicarse al caso de la conciliación, pues esto se vincula de modo directo con el concepto de pérdida de interés en la ejecución de la prestación debida, y con el concepto procesal de interés para obrar,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pues si yo acudo a una conciliación basándome en una norma como el artículo 1428 (por la que busco resolver el contrato en la vía judicial, y no tengo interés en la ejecución de la prestación), es porque tengo interés procesal en acceder al sistema de justicia, por lo que resultaría absurdo que, en el lapso que media entre la notificación de la solicitud de conciliación y la notificación de la demanda, se bloquee el ejercicio de un derecho en sede judicial.

Lo propio podríamos decir de aquellos casos en que se hubiere pactado convenio arbitral, y que los alcances del convenio comprendieren la resolución arbitral del contrato por incumplimiento.

En estos supuestos, la notificación de la solicitud de arbitraje tiene los mismos efectos que la notificación de la solicitud para conciliar, es decir, que, a partir de ese instante, el deudor (futura parte demandada), quedará impedido de cumplir su prestación.

Ello está regulado de manera expresa en la octava disposición complementaria de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071), cuando señala que "Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entendería referida (sic) en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".

En el arbitraje, al igual que en el proceso civil, sería ilógico que se permitiera al deudor pagar entre la fecha en que se le notifique la solicitud de arbitraje, y la fecha en la que se le notifique la demanda arbitral; y, así, de este modo, permitirle frustrar el interés procesal del acreedor (parte fiel) de poner término a los efectos de la relación contractual.

No obstante todo lo expresado, debemos advertir que en materia de procesos de la jurisdicción ordinaria, el deudor tendría un argumento de defensa a favor suyo, y es que se podría decir que nuestra interpretación transgrede el principio en virtud del cual las normas que restringen derechos, no pueden interpretarse por analogía, y que la interpretación con respecto a la Ley de Conciliación, estaría recurriendo a una analogía para sostener la prohibición de pagar, luego de la citación con la demanda de resolución, contenida en el último párrafo del artículo 1428 del Código Civil.

Sin embargo, no creemos que la nuestra sea una interpretación analógica, sino una interpretación sistemática del ordenamiento legal, la misma que sí permitiría razonar en ese sentido.

No obstante, admitimos que el tema es debatible.

Así las cosas, y ante la ausencia de convenio arbitral y de pacto de mora automática (artículo 1333, inciso 1) o ante la ausencia de aplicación de alguno de los otros supuestos de mora automática, contemplados en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 1333 del Código Civil, recomendaríamos que el acreedor de una obligación impaga, reclame al deudor su cumplimiento, apenas se produzca la falta de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pago, para que si después decide solicitar la resolución judicial del contrato, su contraparte no pueda discutir algún defecto formal en el planteamiento del mecanismo resolutorio.

Entendemos, por lo demás, que de haberse producido alguno de los supuestos de mora automática, ya no tendríamos de qué preocuparnos en lo que respecta a la activación del mecanismo judicial para la resolución del contrato.

3.2. Mora y resolución extrajudicial

La resolución extrajudicial de los contratos se halla regulada en el artículo 1429 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

No cabe duda de que el mecanismo resolutorio extrajudicial, contenido en el artículo que acabamos de citar, constituye la forma más usual de resolución que se emplea en nuestros días, dado el hecho de que la misma no requiere la intervención de los tribunales de justicia.

Este supuesto parte del hecho de que el deudor se encuentre incumpliendo la obligación.

Entendemos que la situación de incumplimiento a que alude el artículo 1429, puede ser un incumplimiento en sentido amplio o un incumplimiento en estricto sentido moratorio; vale decir, que el deudor ya hubiese sido constituido en mora por su acreedor.

Decimos esto, en razón de que será prácticamente imposible, que ante el retraso en el cumplimiento de la obligación, la primera medida que tome el acreedor, sea la de enviarle una carta notarial requiriéndole su cumplimiento.

En ese sentido, y generalizando el tema, podemos decir que la carta notarial será un mecanismo muy extraño para constituir en mora a un deudor, ya que las cartas notariales representan, por lo general, el penúltimo recurso al que recurre la parte fiel en un contrato, para exigir el cumplimiento del deudor.

Cuando una relación contractual se encuentra en buenos términos y se produce el retraso en el pago por parte del deudor, seguramente lo primero que hará el acreedor será requerir dicho pago a través de mecanismos cordiales, como podría ser una llamada telefónica, el envío de un WhatsApp, de un correo electrónico o una visita personal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es ante el fracaso de estos mecanismos cordiales, y seguramente, de su reiteración, que el acreedor impago recurrirá a otros mecanismos más formales, como podría ser el envío de una carta simple, o el envío de una carta notarial.

La experiencia enseña que la o las cartas notariales representan el paso previo de la solicitud de conciliación y de la demanda judicial, o de la solicitud de arbitraje, de ser el caso.

Es así que cuando el artículo 1429 trata acerca de la resolución extrajudicial y hace referencia al envío de una carta notarial, es muy claro en precisar que, a través de esa carta notarial, se tiene que otorgar al deudor incumpliente, un plazo no menor de quince días, a efectos de que pueda cumplir con la obligación impaga.

La jurisprudencia nacional es unánime en señalar que este plazo mínimo de quince días, constituye requisito formal ineludible para poder resolver el contrato de manera extrajudicial. En otras palabras, se podría conceder al deudor un mayor plazo, pero nunca uno menor.

Sea que dicha carta notarial hubiese constituido en mora al deudor, o que dicha carta notarial hubiese sido un reiterado requerimiento a ese deudor, ante la existencia de comunicaciones anteriores que implicasen requerimiento de pago, lo claro es que el mecanismo resolutorio contemplado por el artículo 1429, parte necesariamente de la idea de que el deudor debería encontrarse en estado moratorio.

Nótese cómo el legislador de 1984 ha regulado este mecanismo de resolución de los contratos, previendo una resolución que dé espacio para que el deudor cumpla con la prestación debida.

En otras palabras, sin mora del deudor no se activará el mecanismo del artículo 1429 y no habrá resolución contractual posible.

Es, tal vez, el principio de conservación del contrato, aquél que ha inspirado la regulación de una norma como aquélla sobre la que venimos tratando.

3.3. La mora y la cláusula resolutoria expresa

La cláusula resolutoria expresa es el tercer mecanismo resolutorio contemplado por el Código Civil peruano, y ella se encuentra regulada en el artículo 1430, precepto que establece que:

> Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

La cláusula resolutoria expresa constituye el mecanismo más directo y expeditivo de resolución contractual, pues no parte por reclamarla ante los tribunales de justicia, ni tampoco por otorgar un plazo al deudor para que proceda al cumplimiento de la prestación debida, sino por el envío de una carta notarial resolviendo

el contrato, en base a alguna estipulación contractual que contemple casos específicos de incumplimiento.

La doctrina y jurisprudencia peruanas han sido siempre muy cautas con la interpretación del artículo 1430, en el sentido de considerar que para que una cláusula contractual sea una cláusula resolutoria expresa, debe contemplar con precisión las obligaciones cuyo incumplimiento podría dar lugar al empleo del mecanismo resolutorio previsto en el citado numeral; no aceptándose la colocación de generalidades o la simple remisión a otras cláusulas del contrato, de cuyo eventual incumplimiento se trate.

Si bien es cierto que esto último no constituye objeto de la presente exposición, lo cierto es que este mecanismo debe ser apreciado con suma pulcritud conceptual y, para activarlo, el propio artículo 1430 establece como supuesto de hecho para su aplicación, el que una parte no cumpla con una determinada prestación a su cargo.

Dentro de tal orden de ideas, una vez más, nos encontramos ante la necesaria presencia del incumplimiento en la ejecución obligacional de una de las partes; lo que nos trae de nuevo a la discusión a que hicimos referencia con ocasión del análisis del artículo 1428, en el sentido de si resulta necesario que el deudor haya sido constituido previamente en mora, o si ello es irrelevante.

Y el problema se repite, en la medida en que, en el plano teórico, si la parte fiel activa el mecanismo previsto en el artículo 1430, sin haber constituido previamente en mora al deudor, si bien podríamos hablar de un incumplimiento en sentido lato, no podríamos hablar de un incumplimiento en sentido moratorio.

En otras palabras, nuevamente podríamos encontrarnos ante la eventual alegación de una cláusula resolutoria expresa mal aplicada, en la medida en que el deudor no habría sido jamás constituido en mora.

Por otra parte, el no constituir al deudor en mora, más allá de llevarnos nuevamente a la prórroga tácita del plazo para el cumplimiento de la obligación, nos situaría frente a un acreedor que habría carecido de interés en exigir el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, a pesar de ello, el artículo 1430 del Código, contempla esa posibilidad de resolución con la activación de la cláusula resolutoria expresa, la misma que podría explicarse por una pérdida de interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación, lo que haría evidente la inutilidad —y hasta contradicción— de haber constituido en mora al deudor.

No obstante, creemos que el problema teórico se sigue manteniendo, en la medida en que el deudor podría accionar judicialmente, para que se declare la ineficacia del mecanismo resolutorio (cláusula resolutoria expresa) aplicado por su acreedor, aduciendo que jamás se encontró en una situación de incumplimiento jurídicamente relevante, es decir, en mora.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por esta razón, al igual que lo hicimos con ocasión del análisis de la resolución judicial, recomendaríamos al acreedor que desee hacer uso de este mecanismo, el que, previamente, en alguna etapa del incumplimiento del deudor, lo constituya en mora.

4. Repensando los efectos de la mora

En lo que respecta a la mora del deudor, los efectos que tradicionalmente le resultan naturales, son la indemnización por daños y perjuicios moratorios y los intereses moratorios; en tanto que, en lo que respecta a la mora del acreedor, tradicionalmente constituyen efectos de la misma, los daños y perjuicios moratorios y la transferencia del riesgo.

No obstante, queda claro que en cualquiera de los casos analizados anteriormente, constituye uno de los efectos de la mora, tanto del deudor como del acreedor, el facultar a la parte fiel del contrato, a la activación de los mecanismos resolutorios.

La única duda será si la mora constituye requisito indispensable para tales efectos, en la resolución judicial por incumplimiento, y en la cláusula resolutoria expresa, dado que ambos mecanismos resolutorios pueden contemplar en el plano teórico, situaciones en las cuales, eventualmente, la mora no resultaría indispensable; ello, a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo de resolución extrajudicial, contemplado en el artículo 1429 del Código Civil.

5. A modo de conclusión

Con estas palabras sólo hemos querido llamar la atención en lo que respecta a un punto de contacto en particular, entre la resolución por incumplimiento contractual y la mora, pudiéndose apreciar que el mismo ofrece algunos rubros en los cuales la materia se torna debatible.

Muchas gracias

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo tercero
Obligaciones con cláusula penal

No hay duda de que la importancia práctica, la relevancia teórica y la normativa legal de la cláusula penal han determinado que antes y después de la promulgación del Código Civil peruano, en julio de 1984, haya merecido el mayor debate académico.

Como se sabe, el principal cuestionamiento que se formula es el relativo a la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, que establece que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva.

Ante un precepto de esta naturaleza, el investigador debe ingresar, necesariamente, al examen de los diversos sistemas que existen en la legislación de nuestra tradición jurídica en torno de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal.

Resulta evidente, además, que el tema suscita apasionados debates, pues sea cual fuere la opción que se elija, habrá razones académicas, prácticas y éticas para defender la tesis escogida. En esta materia, ciertamente, la solución no es pacífica. Parece que lo único concreto es que no existe una solución perfecta que quede exenta de crítica.

Tratando de conservar el menor apasionamiento y la mayor sindéresis, hemos decidido iniciar el estudio de la figura de la cláusula penal analizando sus conceptos generales, para luego continuar con el análisis exegético que esta *tercera*[3353] edición del *Tratado de Derecho de las Obligaciones* ha adoptado en su totalidad.

No está de más señalar que este estudio no estará exento de comparaciones con otros ordenamientos jurídicos, en especial con el brasileño y el italiano, en cuyos Códigos Civiles de 1916 (ya derogado por el Código Civil brasileño de 2003) y 1942, respectivamente, se inspiró el legislador peruano de 1984.

Finalmente, intentaremos sugerir algunos aportes para la mejor comprensión del tema[3354].

3353 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3354 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. Concepto de la cláusula penal

Consideramos pertinente, como una determinación previa de ciertos conceptos, hacer referencia a la triple distinción realizada por la doctrina, entre las expresiones «cláusula penal», «obligación con cláusula penal» y «pena convencional».

En este sentido, Puig Brutau[3355] diferencia estas figuras y señala que la cláusula penal es la convención accesoria estipulada como cláusula o pacto de una obligación por la que[3356], «[...] se promete realizar una prestación, generalmente pecuniaria, para el caso de que una de las partes no cumpla o cumpla irregularmente lo prometido».

El autor también define «obligación con cláusula penal», como aquella obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena[3357].

Finalmente, con relación al concepto de «pena convencional», Puig Brutau expresa que corresponde utilizar esta denominación cuando la pena no ha quedado consignada en una de las cláusulas del negocio principal, sino en un negocio separado, aunque directamente relacionado con aquél.

En esta misma línea de pensamiento, Jesús María Lobato de Blas[3358] sostiene que la cláusula penal se suele establecer por medio de una disposición del negocio principal, es decir, consiste en una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria; de ahí que sea conocida usualmente con el nombre de «cláusula penal». En este sentido, señala Albaladejo[3359] que «se llama cláusula penal a aquélla (cláusula) en la que la pena se establece».

Así, para Lobato de Blas, la obligación con cláusula penal es la obligación principal garantizada, al igual que para Albaladejo[3360], quien expresa que se llama «[...] obligación con cláusula penal a la obligación cuyo incumplimiento se sanciona con la pena».

Lobato de Blas precisa que en este tipo de obligaciones existen dos vínculos obligatorios: uno, el de la obligación principal, y otro, el creado por la cláusula penal, si bien de modo accesorio y para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la primera. Estas expresiones son compartidas por Jorge Eugenio

3355 Puig Brutau, Luis. *Op. cit.*, p. 43.

3356 Puig Peña, Federico. *Op. cit.*, tomo IV, volumen III, p. 18.

3357 Lete del Río (Lete del Río. *Derecho de Obligaciones*. Volumen I, p. 143, citado por Espín Alba, Isabel. *La cláusula penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 50) coincide con Puig Brutau y considera a la obligación con cláusula penal como aquélla cuyo cumplimiento se garantiza mediante la pena.

3358 Lobato de Blas, Jesús María. *La cláusula penal en el Derecho español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974, pp. 17-19.

3359 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 180.

3360 *Idem*.

Castañeda[3361], quien enseña que la obligación con cláusula penal no es una sola, son dos obligaciones: una principal y otra sólo aplicable en casos de mora o inejecución de la principal.

Por nuestra parte, debemos recordar que el Código Civil peruano de 1984 utiliza las expresiones «obligaciones con cláusula penal», «cláusula penal», «penalidad» y «pena», al tratar el tema entre los artículos 1341 y 1350. Sin embargo, tales opciones terminológicas no implican, de por sí, ni haber desechado otras opciones, ni mucho menos que la ley peruana las repruebe.

Pensamos que el tema se reduce a un juego de palabras, por demás intrascendente, en la medida en que creemos que es exactamente lo mismo emplear las expresiones «cláusula penal», «obligación con cláusula penal» y «pena convencional».

La cláusula penal —como lo dijimos oportunamente— es la cláusula de un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento. Es obvio, por lo demás, que toda vez que las partes pacten una penalidad, lo harán a través de una cláusula en la que se refieran a ella, independientemente de si dicha cláusula sólo alude a tal penalidad o si incluye, además, disposiciones de otra naturaleza.

Por otra parte, al tener la cláusula penal carácter accesorio (pues no podría existir sin una obligación cuyo cumplimiento resguarde o garantice), hablar de «obligación con cláusula penal» no resulta errado, en la medida en que se estará haciendo referencia a aquellas relaciones obligatorias que incluyen una penalidad convenida por las partes.

Si así se quiere consignar, con esta expresión se pone el acento en la obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza con la penalidad, y no en la penalidad misma; pero, sin embargo, ello resultará poco relevante, en la medida en que ambas tienen una naturaleza indesligable. A efectos del tema que nos ocupa, no interesa hablar de la obligación —desligada de la cláusula penal—, ni de la cláusula penal —desligada de la obligación principal—.

Por ello, creemos que la nomenclatura adoptada por el Código Civil es acertada. Sin embargo, en el Derecho peruano, como ya lo indicamos, también se suele emplear la expresión «cláusula penal» como sinónimo de «obligación con cláusula penal». Tal vez resulta una manera más abreviada de hacer alusión a esa materia. Además, con una u otra forma, el intérprete conoce sin dificultad sus alcances.

Por otra parte, la expresión «pena convencional» no es utilizada en el Perú. Aquí, más bien, se suele emplear como equivalente la palabra «penalidad» o «pena».

3361 Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 175-176.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cabe señalar que las expresiones a las que hemos hecho referencia parecen haber sido pensadas para el caso en que la pena provenga de un contrato. Sin embargo, también debe considerarse el caso en que ella tuviese su origen en la ley.

En este último supuesto, quedaría claro que el empleo de las expresiones «cláusula penal», «obligaciones con cláusula penal» o «pena convencional», resultarían indebidas, por razones obvias, dado el origen legal y no convencional de la pena. Aquí lo correcto sería hablar de «penalidad» o de «pena», en el sentido amplio de los términos, como lo hace el Código Civil peruano, los que también podrían aplicarse si la pena tuviese origen convencional.

Para concluir, expresamos nuestra coincidencia con Castañeda, cuando señala que la obligación con cláusula penal, en verdad no es una, sino dos obligaciones; por un lado, tenemos a la obligación cuyo cumplimiento *in natura* es buscado por las partes; en tanto que por otro lado tenemos a la penalidad pactada, que sólo será susceptible de ser reclamada por el acreedor ante el incumplimiento de la obligación principal.

Pero conviene aclarar que esta obligación accesoria de la principal, no es alternativa ni facultativa, tal como será analizado oportunamente, al estudiar las semejanzas y diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y otras figuras afines.

2. Interpretación de la cláusula penal

Todo problema de interpretación contractual surge ante la duda, oscuridad o ambigüedad de lo convenido por las partes en un contrato. En tal sentido, podría ocurrir que la cláusula contractual en donde se haya convenido la penalidad, en resguardo del cumplimiento de la obligación principal, sea oscura o ambigua, vale decir, equívoca, prestándose —sin que medie capricho de ninguna de las partes— a más de una interpretación jurídicamente sostenible o válida.

2.1. Interpretación restrictiva de la cláusula penal

La doctrina más difundida ha entendido —correctamente en opinión nuestra— que para los casos de duda, en relación no sólo a la existencia sino al contenido y al alcance de la cláusula penal pactada, ésta debe interpretarse restrictivamente[3362] del modo más favorable al deudor, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

3362 Coinciden con el criterio de interpretación restrictiva de la cláusula penal: Aída Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer de Carlucci, Aída. *La cláusula penal.* Buenos Aires: Depalma, 1981, pp. 20-24), Luis Díez-Picazo (Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.,* tomo I, p. 584. Citado por: Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.,* p. 163), Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, p. 249) y Luis Lacruz Berdejo (Lacruz Berdejo, Luis. *Op. cit.,* volumen I, p. 276), entre otros autores.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3363] comparte el criterio de interpretación restrictiva de la cláusula penal y expresa que ésta, como todas las convenciones, debe ser interpretada de buena fe y según lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, cumpliendo de la manera que las partes verosímilmente estipularon y que ellos debieron entender que habría de cumplirse.

Precisa dicha autora que la cláusula penal debe interpretarse con arreglo a las modalidades del caso y a la clara voluntad de las partes. El principio de la buena fe debe aplicarse cuando sea dudoso el sentido de la declaración de voluntad, interpretándola como lo harían las personas correctas. Por ello, cuando se trata de establecer el significado de cláusulas penales o que conduzcan a la pérdida de un derecho, la cuestión debe decidirse contra quien ha redactado el contrato. A tal efecto, es indiferente que haya o no proceder doloso, es decir, que una de las partes haya inducido a la otra a contratar mediante engaño; pues en tal caso, la incorrección consiste en emplear expresiones oscuras.

Por su parte, Luis Díez-Picazo[3364] también preconiza una interpretación restrictiva de las cláusulas penales. El citado autor manifiesta que «[...] para la existencia de tales cláusulas tiene que constar de una manera clara y terminante la voluntad de los contratantes y que de no ser así, hay que resolver sobre su existencia con criterio restrictivo. El mismo criterio restrictivo es aplicado por la jurisprudencia para resolver, no la existencia, sino su alcance y contenido».

Añade Díez-Picazo que esta doctrina encuentra su fundamento en el carácter sancionador de la cláusula[3365] y en la idea del viejo principio *odiosa sunt restrigenda.*

Peirano Facio[3366], igualmente, afirma que las cláusulas penales han de interpretarse de modo restrictivo. La razón de ser de este criterio —precisa el citado autor— se encuentra, además, en la aplicación de los principios generales del Derecho, de acuerdo con los cuales siendo la cláusula penal una estipulación que tiende a hacer más grave la situación de una de las partes contratantes, y siendo también presunción genérica que el deudor se ha querido gravar del modo menos agudo posible, en la duda es preciso no aplicar la cláusula penal. El principio general es que los individuos no se encuentren obligados y la excepción al mismo es la atadura de los hombres por medio de lazos obligatorios.

3363 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 20 y 21.

3364 Díez-Picazo, Luis. *Op. cit.,* tomo I, p. 584. Citado por: Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.,* p. 163.

3365 En esta línea de pensamiento, Lacruz Berdejo (Lacruz Berdejo, Luis. *Op. cit.,* tomo II, volumen I, p. 276) manifiesta que la interpretación restrictiva de la cláusula penal, en cuanto a su alcance y contenido, encuentra su fundamento en su carácter punitivo. Asimismo, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, p. 249) consideran que la cláusula penal es de interpretación restrictiva por aplicación de los principios que rigen a este respecto en materia penal, por lo que las dudas en cuestiones relacionadas con este tipo de cláusulas deben resolverse siempre con criterio estricto.

3366 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal.* Bogotá: Temis, 1982, p. 185.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De esta interpretación deriva como natural consecuencia —señala Peirano Facio— que las cláusulas penales deban ser aplicadas de modo sumamente cuidadoso y restrictivo, y nunca ser extendidas cronológicamente a casos para los que no hayan sido expresamente previstas.

Sobre este criterio interpretativo, debemos señalar que se encuentra de acuerdo con lo preceptuado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984, en el sentido de que «La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

Su aplicación es muy clara, dado que este tipo de preceptos limitativos o restrictivos de derechos no pueden interpretarse en perjuicio de nadie (menos aún de aquél que ya se ve perjudicado por los alcances de una cláusula penal pactada en calidad de deudor).

Pero, por otra parte, el tema también tiene directa relación con el Derecho Penal. No olvidemos que dentro de las funciones de la cláusula penal se encuentra aquélla de orden punitivo o sancionatorio.

Uno de los más connotados tratadistas de Derecho Penal, el español Luis Jiménez de Asúa[3367], describe el principio clásico del Derecho Penal: «No hay crimen sin ley previa», con las siguientes palabras: «La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones [...]. De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia: el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecida para el correspondiente delito. Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción».

Por su parte, el reconocido penalista español Eugenio Cuello Calón[3368], señala lo siguiente:

> Sólo la ley es fuente del derecho penal. En este punto domina como principio fundamental la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* [...]. Nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley haya definido como delictuosos, ni con otras penas que las establecidas legalmente. Así que en esta máxima se contiene una doble garantía individual: no ser penado más que por los hechos previamente definidos por la ley, garantía penal *(nulla poena sine previa lege poenali),* y no ser castigado con penas —ni

3367 Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Lozada, 1970, tomo v, p. 117.
3368 Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal.* Barcelona: Bosch, 1982, p. 431.

en clase ni en medida— diversas de las establecidas previamente en la ley, garantía penal *(nulla poena sine previa lege).*

Por lo tanto, un hecho no será punible más que cuando pueda incluirse en alguno de los tipos de delito (figura de delito) descritos en el Código o ley penal, y nunca será penado con pena de clase diversa de la establecida por la ley, ni aquí podrá exceder de la medida, ni por bajo del *minimun* ni rebasando el *maximun,* fijado por ésta.

Tiene, por lo tanto, este principio el carácter y el rango de una importante garantía política del individuo que le protege contra la arbitrariedad de los jueces, le asegura que no será castigado sino por los hechos que la ley haya de antemano definido como delito, y que, en caso de delincuencia, no podrá ser penado sino con las penas, conforme a la medida, previamente establecidas en las leyes.

Pero actualmente el principio de legalidad no comprende tan sólo la declaración de la legalidad del delito (garantía criminal) y la de la pena y de la medida de seguridad (garantía penal), sino se extiende y se completa con la declaración de la legalidad de la ejecución de éstas. Lo cual significa que la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad no habrá de dejarse al arbitrio de la autoridad penitenciaria o de la administración, sino que se ejecutarán en la forma y con las modalidades y circunstancias previstas por la ley (garantía ejecutiva)[3369].

Así, inclusive apelando al Derecho Penal, entendemos que si la cláusula penal no estuviere precisada de forma clara, los magistrados no podrían aplicarla pues se encontrarían actuando fuera de sus atribuciones.

2.2. Interpretación común de la cláusula penal

Por otro lado, un sector minoritario de la doctrina sostiene una posición contraria con relación a lo antes expresado. En tal sentido es pertinente tener en cuenta el pensamiento de Enrique Ruiz Vadillo[3370], quien se pronuncia en contra del principio

3369 Agrega Cuello Calón que: «El principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, que actualmente inspira el Derecho Penal vigente en todas partes, apareció como reacción contra los abusos del desmedido arbitrio judicial. Antes de la reforma penal iniciada por Beccaria, dominaba en Europa el arbitrio más excesivo, los jueces podían incriminar por sí mismos hechos no previstos por las leyes y aplicar las penas a su albedrío. Aun en los momentos en que el arbitrio se otorgó para sustraer a los reos de las penas señaladas en las leyes, que la conciencia popular rechazaba por su dureza, también se empleó en defensa de intereses personales o de clase. Pero llegado el tiempo del resurgimiento de la personalidad individual en frente de la del Estado, se dio a la ley penal un marcado sentido de protección individual, se consagró ampliamente la denominada garantía penal, que aseguraba al ciudadano no ser detenido, ni preso, ni procesado, ni juzgado sino conforme a las leyes y por los jueces competentes, ni ser penado sino por hechos considerados como delitos por leyes anteriores a su ejecución».

3370 Ruiz Vadillo, Enrique. «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal». En *Revista de Derecho Privado*, tomo LIX, pp. 374 y ss. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 21 y 22.

de interpretación restrictiva, argumentando que «No existe disposición legal que lo avale, y que la cláusula, en consecuencia, debe estar sometida a los principios generales vigentes en materia de interpretación de actos jurídicos».

2.3. Nuestra posición

Sobre la base de estas consideraciones, nosotros entendemos que la cláusula penal debe ser interpretada restrictivamente, del modo más favorable al deudor, en cuanto a su existencia, alcances y contenido, teniendo en cuenta el principio de buena fe (recogido por el artículo 168[3371] del Código Civil) y según lo que verdaderamente las partes quisieron y debieron entender que había de cumplirse al momento de pactar la cláusula penal, es decir, en cuanto a la naturaleza y objeto del pacto (señalado por el artículo 170[3372] del Código Civil peruano).

Nuestra posición encuentra fundamento, como ya ha sido expresado al comentar el criterio de interpretación restrictiva de la cláusula penal, en el carácter sancionador de ésta, en el hecho de que esta figura contenga una estipulación destinada a hacer más gravosa la situación de una de las partes contratantes, específicamente la del deudor, y en el propio texto legal, esto es, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Al propugnar una interpretación restrictiva de la cláusula penal no desconocemos, por cierto, el contexto general de la legislación peruana, vale decir, el marco jurídico en su conjunto.

2.4. Consecuencias derivadas de la interpretación restrictiva de la cláusula penal

Bajo esta línea de pensamiento, Aída Kemelmajer de Carlucci[3373] señala las consecuencias que se derivan del principio de interpretación restrictiva, mayoritariamente aceptado. Vamos a seguir el orden sugerido por la profesora argentina, pero adecuando sus criterios al Derecho peruano:

- Quien alega la existencia de una cláusula penal debe probarla. Por eso, si bien ella no requiere el empleo de frases rituales, dado su carácter restrictivo, su presencia debe ser inequívoca y cualquier duda sobre ella se resuelve en contra de su existencia.

  Nos encontramos plenamente de acuerdo con este enunciado, en la medida en que ello es de palmaria y evidente justicia.

3371 El artículo 168 del Código Civil peruano expresa que: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

3372 El artículo 170 del Código Civil peruano prescribe que: «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».

3373 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 22-24.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, la lógica del Código Civil peruano de 1984 no pasa por imponer deberes gravosos en perjuicio del deudor, sin antes haber constatado su indubitable y expreso nacimiento, sea en virtud del contrato o de la ley. Un ejemplo representativo lo constituye el artículo 1183 del Código, precepto que dispone que la solidaridad no se presume; sólo el contrato o la ley la establecen de manera expresa.

Conviene advertir que ello no constituye la aplicación del principio *favor debitoris;* es, simplemente, un acto de justicia.

- Si fue pactada para un fin determinado, la cláusula penal no puede ser aplicada a otro distinto. Por ejemplo, si se estipuló para el caso de incumplimiento total, no puede pretenderse su aplicación al cumplimiento tardío.

  La conclusión que antecede es evidente y no merece mayores comentarios.

- Aunque los mismos contratantes, con idéntica finalidad, hayan celebrado dos contratos similares, uno con cláusula penal y otro sin ella, no puede presumirse la intención de pactar dos convenios absolutamente iguales; en consecuencia, la cláusula de uno de ellos no puede trasladarse al otro.

  Estas expresiones son incontrovertibles al extremo de que cualquier comentario adicional resultaría ocioso.

- En caso de dudosa redacción de la cláusula penal, las reglas generales de interpretación de los contratos llevan a pronunciarse por la solución más favorable al deudor[3374].

3374 Sobre este criterio, consideramos pertinente recordar un caso, resuelto por los tribunales argentinos, que es analizado por Kemelmajer de Carlucci y que a continuación reproducimos:
«La demanda por daños y perjuicios tuvo su origen en el hecho de que el propietario de un inmueble alquilado, decidió construir en la planta alta del edificio. Las partes habían suscrito un convenio por el cual el inquilino autorizaba dicha construcción, fijándose el plazo de iniciación y terminación de las obras, estipulándose que durante ese lapso el inquilino no pagaría el alquiler. La cláusula en discusión decía: "La obra concluirá en seis meses de iniciada, comprometiéndose el propietario a indemnizar al inquilino $ 500 por cada mes". La Cámara Nacional de La Paz —precisa Kemelmajer de Carlucci— resolvió acudiendo al principio de interpretación restrictiva y del *favor debitoris*, que "si el inquilino autorizó al locador a edificar en planta alta, conviniéndose que no pagaría el alquiler mientras durara la obra y además que se lo debería indemnizar con $ 500 por cada mes, esta cláusula debe interpretarse como una cláusula penal, en forma restrictiva para el beneficiario y a favor del deudor, en el sentido que se aplicará por el tiempo que dura la obra más allá del establecido entre las partes". Es decir, que en la opción de decidir si esta disposición o artículo del contrato era simplemente una cláusula indemnizatoria de daños por todo el tiempo que durara la construcción o si por el contrario ello suponía incumplimiento a los términos estipulados, la Cámara entendió que ello no preveía la indemnización por la conducta lícita (construir mientras durara el periodo establecido por las partes, lo que había sido suficientemente cubierto mediante los alquileres), sino la reparación de los daños y perjuicios cuando el accionar se tornaba antijurídico en virtud del vencimiento del plazo».

WILLIAM MANUEL CASTILLO FREYRE

En torno de este punto, nosotros llegamos a similar conclusión, pero no porque exista un precepto general que reconozca el *favor debitoris,* sino porque consideramos que nunca se podría aplicar a un deudor una penalidad que no hubiese sido pactada de manera expresa con su acreedor, o que la misma estuviera establecida —también— de manera expresa por la ley. Por lo demás, esta conclusión resulta evidente de la naturaleza y regulación normativa de la cláusula penal.

3. La pena convencional como eventual acto separado

Lobato de Blas manifiesta que nada se opone a la posibilidad de que la «cláusula penal» se establezca no ya como una de las cláusulas del negocio principal que garantiza, sino mediante un negocio separado, aunque, desde luego, directamente relacionado con aquél. Aparece entonces la inadecuación de la denominación usual de «cláusula penal» que, en este sentido, deberá ser sustituida por la más amplia «de pena convencional»; llamándose así «a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal»[3375], y que consiste generalmente en entregar una suma de dinero[3376].

En consecuencia, precisa Lobato de Blas, la cláusula penal encierra simplemente una pena convencional, recibiendo aquel nombre por el mero hecho de su inclusión generalmente como una cláusula en la documentación de la obligación principal que garantiza, y la cual tendrá la denominación, según los casos, de obligación con cláusula penal o de obligación garantizada con pena convencional.

Por otro lado, a criterio de Palacio Pimentel[3377], la cláusula penal también es llamada pena convencional, ya que el autor no encuentra diferencia entre ambas figuras.

Así, la define como la estipulación accesoria añadida a un contrato para asegurar la ejecución de la prestación y por la cual el deudor se somete a pagar una multa o realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci manifiesta que «La cláusula *favor debitoris* pudo ser silenciada. La razón última de la solución está en que la regla imperante en nuestro Derecho (el argentino) es que el obrar conforme a Derecho no es indemnizable si no existen disposiciones legales o convencionales claras en contrario». Por ello, expresa Kemelmajer de Carlucci, bastaba remitir al principio general de que las acciones lícitas no engendran responsabilidad por las consecuencias que de ellas derivan, salvo disposición legal o convencional en contrario.
De la convención surgía que el obrar del locador era conforme a Derecho (contaba con la autorización del inquilino para efectuar la construcción). En consecuencia —concluye Kemelmajer de Carlucci—, cualquier indemnización requería una cláusula clara que la concediese, lo que en el caso era inexistente.

3375 Luis Díez-Picazo citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* pp. 18 y 19.

3376 Manuel Albaladejo citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 19.

3377 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Op. cit.,* tomo I, pp. 327 y ss.

Agrega el referido autor que puede adherirse la cláusula penal al mismo título constitutivo de la obligación principal o, ya posteriormente, por separado.

Pero, a nuestro entender, los argumentos de Lobato de Blas no conducen necesariamente a sostener que es indebida la expresión «cláusula penal», pues aunque se estipule con posterioridad al contrato de donde ha emanado la obligación principal, tal convenio se hará en un contrato cuya cláusula o cláusulas se incluirán con finalidad de pena y, por más que fuere una sola cláusula la que contenga el segundo convenio, ésta no dejará de ser una cláusula penal.

Éste es el criterio recogido por el Código Civil peruano cuando se refiere a las «obligaciones con cláusula penal» en los artículos 1341 a 1350, que conforman el capítulo tercero del Título Noveno denominado «Inejecución de obligaciones».

Sin embargo, admitimos que esta línea de pensamiento podría ser cuestionada, en la medida en que cuando hablamos de obligaciones con cláusula penal, hacemos referencia a dos vínculos obligatorios, como ha sido señalado anteriormente: uno, el de la obligación principal; otro, el creado por la cláusula penal, si bien de modo accesorio y para el caso de incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso del primero.

Nuestra posición se ve sustentada por las expresiones de Rosendo Badani[3378], quien al respecto manifiesta que «Para asegurar mejor el cumplimiento de una obligación, puede establecerse que el deudor quedará sometido a una pena determinada, generalmente el pago de una multa, en caso de retardo o de incumplimiento; se dice entonces que la obligación es con cláusula penal».

Por lo demás, no compartimos el razonamiento de Puig Brutau, quien al referirse a la obligación con cláusula penal, como se ha visto anteriormente, la define como una obligación principal cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.

Esta perspectiva del tema no resulta adecuada, pues a nuestro entender parecería que la estuviese considerando como un tipo especial de obligación, y sabemos que ello no es así, ya que cualquier obligación puede ser reforzada con estas penalidades; criterio compartido por Larroumet[3379], quien manifiesta que la cláusula se puede encontrar en los más diversos contratos, tales como el arrendamiento, la venta y el préstamo, entre otros.

4. El objeto de la cláusula penal

La posición mayoritaria de la doctrina considera que el objeto de la cláusula penal puede consistir en cualquier prestación susceptible de ser materia obligacional,

3378 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, primera parte, p. 115.

3379 Larroumet, Christian. *Op. cit.*, volumen II, p. 111.

es decir, en una prestación de dar, de hacer o de no hacer, siempre que reúna los requisitos de validez exigidos a ésta.

En ese sentido, Llambías[3380] sostiene que siendo evidente que la obligación penal es una clase abstracta de obligaciones, ésta se regirá por los principios que gobiernan el género (la obligación) a que pertenece. De ahí que el objeto de la pena deba ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y legítimo[3381].

Bajo similar perspectiva, Bustamante Alsina[3382] afirma que el objeto de la cláusula penal debe reunir todos los requisitos esenciales y de validez que corresponden a todo objeto de obligación en general. Como consecuencia, señala que debe ser posible, determinable, susceptible de apreciación pecuniaria y lícito.

Asimismo, Lobato de Blas[3383] expresa que el objeto de la cláusula penal habría de estar limitado, naturalmente, por las condiciones generales que ha de reunir toda prestación, a saber: posibilidad, licitud, determinación y patrimonialidad, siendo, en consecuencia, la problemática de los caracteres de su objeto, la misma que la general del objeto de las obligaciones.

Kemelmajer de Carlucci[3384], corroborando esos conceptos, manifiesta que el objeto de la cláusula penal, como toda prestación, debe ser posible, patrimonialmente valorable (aunque el interés del acreedor no lo sea), determinable y lícito.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, Cazeaux y Trigo Represas[3385] afirman que son aplicables al objeto de la cláusula penal los requisitos de validez que se disponen sobre el objeto de los actos jurídicos, vale decir, que debe consistir en cosas que estén en el comercio o no prohibidas o en hechos posibles, no prohibidos, que no sean contrarios al orden público ni a las buenas costumbres y que no afecten derechos de terceros. En suma, concluyen dichos autores, debe tratarse de un objeto lícito.

Nosotros compartimos la doctrina citada en torno al objeto de la cláusula penal, pero hacemos hincapié, además, en que ella podría consistir en obligaciones de no hacer.

De lo expresado llegamos a la conclusión de que la penalidad convenida puede consistir en obligaciones cuyo objeto sea de cualquier naturaleza. Dicho en

3380 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 436.

3381 Respecto a este último requisito, referente a la legitimidad del objeto de la cláusula penal, el autor recuerda que es un principio relacionado con el tema de la inmutabilidad de la cláusula penal y que, por consiguiente, es discutido especialmente cuando el monto de la pena es enteramente desproporcionado al daño efectivo sufrido por el acreedor.

3382 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 174.

3383 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 133.

3384 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 35.

3385 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, p. 249.

otras palabras, no tendría por qué haber correspondencia entre la naturaleza del objeto de la obligación principal y la naturaleza del objeto de la cláusula penal.

Así, podríamos estar en presencia de una obligación principal de dar cuya penalidad consista en un hacer o en un no hacer; o ante una obligación principal de hacer, cuya penalidad consista en un dar o en un no hacer; o ante una obligación principal de no hacer, cuya penalidad consista en un dar o en un hacer.

No está de más recordar que aunque la obligación principal y la penalidad fuesen de la misma naturaleza (por ejemplo, prestaciones de dar), sus objetos podrían ser absolutamente diversos.

Sería el caso de una obligación principal que consistiese en dar un automóvil y cuya penalidad, en caso de incumplimiento, consistiera en pagar al acreedor la suma de 80,000 dólares americanos.

Asimismo, conviene tener presente lo previsto por el artículo 140, inciso 2[3386], del Código Civil peruano, precepto que al referirse al acto jurídico expresa que éste consiste en la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y que requiere para su validez contar con un objeto física y jurídicamente posible, así como por el artículo 219, inciso 3[3387], del mismo cuerpo legal, norma que establece que el acto jurídico es nulo cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando éste fuese indeterminable.

Tomando en consideración lo expuesto, podemos afirmar, interpretando *contrario sensu* las reglas citadas, que la cláusula penal, al ser un acto jurídico válido, debe contar, como manifiesta Lobato de Blas[3388], con un objeto física y

3386 Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:
1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.
2.- Objeto física y jurídicamente posible.
3.- Fin lícito.
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

3387 Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:
1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. (Derogado)
3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4.- Cuando su fin sea ilícito.
5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7.- Cuando la ley lo declara nulo.
8.- En el caso del artículo v del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

3388 Lobato de Blas (Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 27-30) concibe la cláusula penal como un negocio jurídico autónomo con causa jurídica propia, entendiendo esta última como «causa final», concretamente como fin práctico del contrato. En tal sentido, Lobato de Blas manifiesta que el acuerdo de donde surge la cláusula penal no se substancia en una voluntad acorde de conseguir el fin práctico apuntado en el contrato. Se prueba esto, de un lado, con el hecho de que la cláusula penal puede acompañar a cualquier contrato y no sólo a uno determinado, y de otro lado, con la invariabilidad del contenido de la cláusula penal frente a la mutación del contrato

jurídicamente posible, que además haya sido determinado, o sea susceptible de determinación posterior.

A continuación, analizaremos en detalle las condiciones generales más importantes que ha de reunir el objeto de la cláusula penal, pero recordando que es de aplicación al tema, como antes lo vimos, el régimen general del objeto de las obligaciones.

4.1. Posibilidad del objeto

Con relación a esta materia, Kemelmajer de Carlucci[3389] expresa que la posibilidad del objeto aparece claramente en los textos romanos. Tenemos *El Digesto* (D., 45, I *de unbonem obligationibus,* 97 pr., Celso), en donde se aprecia la expresión: «Si yo hubiera estipulado así, ¿comparecerás?, si no comparecieres, ¿darás un hipocentauro?, sea igual que si hubiera estipulado sólo ¿comparecerás?».

En nuestra opinión, el primer requisito del objeto, la posibilidad, proviene del principio de que «nadie puede estar obligado a lo imposible», criterio implícitamente recogido en nuestra legislación por el artículo 140 del Código Civil, antes citado.

Como manifestamos, en palabras de René Demogue: «La obligación debe tener un objeto que por material que sea, no sólo debe referirse a una cosa o a un derecho existente o que debiera existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor».

Nosotros, como lo expresamos, estamos en aptitud, en este caso, de sustituir la palabra «utilidad», empleada por Demogue, por la palabra «posibilidad»; ello, con el propósito de llegar al mismo fin.

También es pertinente referirnos a la imposibilidad de hecho o de derecho. Será de hecho cuando es la acción en sí, a que se está obligando el deudor, la que resulta imposible (por ejemplo, conseguir para su venta caballos con alas). Es de derecho cuando, siendo físicamente posible, está prohibida por ley (por ejemplo, vender un bien público como la Plaza de Armas); o cuando el medio empleado no es el previsto por la ley para obtener el fin deseado (por ejemplo, adoptar mediante un contrato). Los dos casos suponen una imposibilidad que impide el surgimiento de la obligación.

En este sentido, podemos concluir que el objeto de la cláusula penal se encuentra limitado, de manera natural, por las condiciones generales que ha de reunir toda

principal. Concluye el referido autor citando las palabras de Trimarchi, quien sostiene que «Para la cláusula penal, la función jurídica típica, entendida como síntesis de los efectos jurídicos típicos del esquema negocial, consiste en la previsión normativa, es decir, en la prestación determinada a que el deudor está obligado, caso de no observancia de un comportamiento debido».

3389 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 35 y 36.

prestación, debiendo ser física y jurídicamente posible (de acuerdo con lo previsto por los artículos 140, inciso 2, y 219, inciso 3, del Código Civil).

Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis de la posibilidad del objeto de la obligación en el Código Civil.

4.2. Licitud del objeto

En nuestro concepto, el requisito de licitud del objeto de las obligaciones se refiere a que la conducta en que consiste la prestación no debe encontrarse prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, por ejemplo, no sería exigible ni jurídicamente tutelada la obligación de dar cien kilogramos de cocaína para su comercialización ilegal el día de hoy, o una obligación consistente en ejecutar un secuestro o un asesinato.

Bajo esta línea de pensamiento, teniendo en cuenta la penalidad conminatoria o compulsiva de la cláusula penal, es de suma importancia tratar el carácter de la licitud de su objeto, ya que, como bien lo concibe Kemelmajer de Carlucci[3390], «siendo antijurídico que una persona sea coaccionada por medios ilícitos, la cláusula, para ser válida, debe ser lícita en sí misma».

Esta solución, precisa dicha autora, reconoce honda raigambre en la tradición española que prohibía pactar como pena la propia persona o la propiedad de todos los bienes.

Y agrega que no pueden pactarse cláusulas penales de tal naturaleza que interfieran en el campo relativo al Derecho Penal, del cual el Estado se ha reservado el monopolio. Por ejemplo, no puede pactarse que ante el incumplimiento de determinada prestación el deudor se someta a la misma pena prevista por el Código Penal para el delito de homicidio. En este sentido, a juicio de la referida profesora, es pertinente recordar la nulidad de la cláusula penal impuesta por Shylock, el mercader de Venecia. En efecto, el prestamista tenía derecho a una libra de carne si Antonia no pagaba el mutuo. Esta sanción, expresa Kemelmajer de Carlucci, contraria a los medios propios del Derecho Civil, supone introducirse en el campo punitorio reservado al Estado.

Como consecuencia de lo expuesto, concluye expresando que la cláusula penal tampoco puede ser el medio para evitar la aplicación de sanciones impuestas por razones de orden público.

Por nuestra parte, recordamos que el principio de licitud del objeto se encuentra regido genéricamente por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, precepto que dispone: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres». Además, el caso también se halla previsto por los artículos 140, inciso 3, y 219, inciso 4, del propio Código.

3390 *Ibidem*, p. 39.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FLORES

Finalizamos manifestando que sobre este tema nos hemos ocupado en extenso al comentar la licitud del objeto de las obligaciones, materia a la cual remitimos al lector.

4.3. Determinación o determinabilidad del objeto

Como señaláramos anteriormente, el objeto de la cláusula penal se ciñe a los principios que rigen el objeto de las obligaciones en general. En este sentido, la pena deberá contener los caracteres esenciales que ha de reunir toda prestación.

Por consiguiente, el objeto de la cláusula penal deberá cumplir con el requisito de determinación o de determinabilidad inherente al objeto de las obligaciones.

En este orden de ideas, toda prestación, como objeto de la obligación, debe ser determinada o determinable. En caso contrario, el acreedor podría exigir a su deudor cualquier prestación y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo del cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

Como ha sido dicho por nosotros en ocasión anterior, existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más común, consiste en que las partes la pacten de común acuerdo. Otra forma posible es sobre la base de elementos objetivos (por ejemplo, acordar que el precio de un bien se establezca en función al valor en bolsa o al valor en el mercado, en determinado lugar y día, conforme lo prevé el artículo 1545[3391] del Código Civil). Y, finalmente, a partir de elementos subjetivos (por ejemplo, la elección de la prestación, en las obligaciones de dar bienes inciertos, por un tercero ajeno a la relación jurídica, según lo establece el artículo 1143[3392], segundo párrafo, del Código Civil).

Lo expuesto se aplica —como se ha indicado al iniciar este tema— a la determinación o determinabilidad de la prestación emanada de la obligación penal.

Corroborando lo dicho, resulta pertinente señalar, por último, siguiendo a Magazzu[3393], que no es aceptada en doctrina la opinión según la cual es necesario, excepcionalmente, en la cláusula penal, la determinación propiamente dicha de su objeto, no siendo suficiente la simple determinabilidad de éste. Una determinación sucesiva, convenida antes o después del incumplimiento —continúa

3391 El artículo 1545 del Código Civil peruano expresa que: «Es también válida la compraventa si se conviene que el precio sea el que tuviere el bien en bolsa o mercado, en determinado lugar y día».

3392 El artículo 1143 del Código Civil peruano prescribe que: «En las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media».

3393 Magazzu. «Clausola penale». En *Enciclopedia del Diritto*. Milano, 1960, p. 291. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 133 y 134.

diciendo Magazzu— es, por el contrario, posible y no resulta incompatible con la esencial función sancionatoria de la cláusula. Añade que interesa, sin embargo, que en el momento de la estipulación de la cláusula sea previsto, al menos, el modo en que debe convenirse la posterior determinación, modo mediante el cual se concreta y especifica la voluntad de las partes. Sólo en el caso de que no fuese así, la cláusula sería nula porque faltaría totalmente o no se lograría el acuerdo sobre el objeto.

A modo de conclusión, citamos la opinión de Lobato de Blas[3394], quien compartiendo el pensamiento de Magazzu, manifiesta que la problemática de los caracteres del objeto de la pena convencional es la misma que la general del objeto de las obligaciones.

4.4. La patrimonialidad del objeto

Definitivamente, es la patrimonialidad el requisito más complejo de todos los señalados, a tal punto que existen profundas divergencias en la doctrina sobre el concepto de patrimonialidad de la prestación o si éste debe ser considerado como exigencia esencial.

Como señalamos oportunamente, en la legislación peruana la patrimonialidad de la prestación no es requerida directamente por ninguna norma relativa al Derecho de Obligaciones. Pero a partir de una interpretación sistemática, en especial de la parte relativa a los contratos, la fuente más importante de las obligaciones, concluimos que la patrimonialidad debe estar presente en la prestación. Por consiguiente, siendo de aplicación al objeto de la cláusula penal los requisitos esenciales que ha de reunir toda prestación como objeto de las obligaciones en general, afirmamos que la patrimonialidad será una característica básica de la cláusula penal.

Como regla general, recordaremos que la patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés subjetivo, sino por la prestación en sí, objetivamente considerada.

Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específicos, encarnado por el juez, el que determinará cuándo una conducta justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación; condición esencial que, como lo hemos sostenido con anterioridad, debe estar presente en el objeto de la cláusula penal.

Sobre el particular, remitimos al lector a las opiniones vertidas a propósito de nuestro análisis del tema de la patrimonialidad de la prestación en el Código Civil.

3394 *Ibidem*, p. 134.

4.5. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de dar

Kemelmajer de Carlucci[3395] expresa, refiriéndose a la cláusula penal, que «Lo común es que se trate de sumas de dinero. En muchas definiciones, incluso, así se lo hace constar». La profesora argentina recuerda las palabras de Maynz[3396], quien al respecto señala que:

> En el Derecho romano la *stipulatio poenae* tenía regularmente por objeto una cantidad de dinero *(pecunia certa),* cuyo pago era perseguido de manera expedita por medio de la *condictio certi,* no encontrándose ningún ejemplo en que tuviera por objeto una prestación distinta; no obstante ello, algunos textos lo colocan como una eventualidad posible.

A nuestro modo de ver, la realidad impone que la inmensa mayoría de las cláusulas penales tienen por objeto el dar uno o más bienes, en la medida en que con ellas el acreedor busca obtener el cumplimiento sustitutorio de la prestación incumplida o la indemnización de la mora en el pago. Vale decir, que la cláusula penal nos sitúa frente al fenómeno del incumplimiento de la obligación; por tanto, en tales circunstancias el acreedor buscará pactar —en función del incumplimiento— un modo lo suficientemente eficaz como para garantizarle que sí logrará que la penalidad resulte, dentro de lo posible, susceptible de un fácil y adecuado cumplimiento o ejecución forzosa.

Así, resultaría ilusorio que un acreedor pacte que su deudor cumplirá una penalidad de hacer o de no hacer *intuitu personae.*

Es obvio que en ambos supuestos, antes de estar asegurando un cumplimiento indemnizatorio, dicho acreedor estará situado frente a dos prestaciones de imposible cumplimiento ante la reticencia del deudor, pues en ninguno de los dos casos cabría intentar el cumplimiento forzoso de las penalidades, ya que para ello sería necesario emplear violencia contra la persona del deudor.

En otras palabras, el acreedor se habría colocado en un «callejón sin salida» al tratar de asegurarse penalidades que en la práctica resultan verdaderamente inútiles.

Por otra parte, añade Kemelmajer de Carlucci que las sumas de dinero pactadas como penalidades, excepcionalmente pueden estar en poder del acreedor, como sería el caso, por ejemplo, cuando se pacta que el incumplimiento por parte de la compradora dará derecho a la vendedora a resolver el contrato con la retención de las sumas (o cierto porcentaje de ellas) entregadas a cuenta del precio hasta el momento del incumplimiento.

3395 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 38.

3396 Mainz, Karl. *Curso de Derecho romano.* Traducido por Antonio J. Pou. Barcelona: Malinas, 1887, tomo II, p. 448. Citado por: Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 39.

Esto es perfectamente válido en el Derecho peruano, pero siempre deberá tenerse en consideración lo establecido por el artículo 1346 del Código Civil, respecto a la posibilidad de que el deudor solicite judicialmente la reducción de la pena, por considerarla manifiestamente excesiva o por haberse cumplido parcial o irregularmente la obligación.

También indica Kemelmajer de Carlucci que no existe razón alguna para negar a esta penalidad el carácter de una cláusula penal; tanto es así que la jurisprudencia argentina ha distinguido acertadamente entre la licitud de la facultad de resolver y el exceso que puede suponer el ejercicio del derecho de hacer propia la cláusula penal estipulada, cuando las sumas pagadas alcanzan un notable porcentaje del precio. Pero, a juicio nuestro y como fue dicho en su oportunidad, no debe confundirse la resolución de los contratos con la cláusula penal.

Por lo demás, remitimos al lector a lo expresado en el punto relativo a la eventual función resolutoria de la cláusula penal.

Bajo esta línea de pensamiento, Sanz Viola[3397] considera que en los supuestos más normales, la cláusula penal consiste en una prestación pecuniaria: la entrega de una suma de dinero. Añade que puede tratarse de prestación única o de prestaciones periódicas, escalonadas y progresivas; pudiendo tener, a su vez, una cláusula de estabilización (pacto valorista).

Con base en lo expresado anteriormente, podemos agregar que ello es cierto y que tal situación es así en virtud de que el pago en numerario es el más útil o eficaz para los intereses del acreedor.

Si la prestación principal consistía en algo distinto al dinero, será evidente que no cualquier prestación sustituirá satisfactoriamente a la principal.

Es claro, por eso, que la sustitución de la prestación principal por otra, hallará su principal correspondencia en el dinero (total, ¿a quién no le es útil una suma de dinero, y más aún si ella es de monto considerable?).

Por su parte, Dávila González[3398] resalta la necesidad de que la pena convencional sea pecuniaria, ya que en otro caso, ante el eventual incumplimiento de la obligación penal, se plantearía de nuevo el problema de la fijación del monto indemnizatorio.

Nosotros disentimos de dichas expresiones, ya que no por el hecho de que la penalidad no consista en dinero, ella carecerá de determinación. Sería el caso, por ejemplo, en que la penalidad consistiese en dar una joya determinada. Aquí, obviamente, no habría indeterminación alguna.

3397 Sanz Viola, Ana María. *La cláusula penal en el Código Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994, p. 66.

3398 Dávila Gonzales, Javier. *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Montecorvo, 1992, p. 248.

4.6. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de hacer

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci[3399] manifiesta que cuando la cláusula penal tiene por objeto una suma de dinero es cuando adquiere eficacia práctica en su máxima expresión, cumpliendo en forma efectiva no sólo su finalidad compulsiva, sino también la de liquidar realmente los daños y perjuicios.

Pero ello no significa —precisa la profesora argentina—, que no sea posible pactar cualquier otra prestación de dar, e incluso una de hacer. En este último caso, pueden surgir algunas dificultadas prácticas, porque si el deudor no cumple la obligación principal, y para hacer efectivo el hacer es necesario ejercer violencia sobre la persona del deudor, será necesaria una nueva evaluación —ahora judicial— de la prestación de hacer pactada.

En tal sentido, Kemelmajer de Carlucci afirma que ahí se ve debilitada la función indemnizatoria de la cláusula penal.

Pero estos inconvenientes —agrega— no significan que conceptualmente deba negársele carácter de cláusula penal.

Por nuestra parte, y de acuerdo a lo que hemos expresado oportunamente, consideramos que es claro que las penalidades que consistan en un hacer perderán lo que sí tienen las de dar, sobre todo si para su cumplimiento resultase necesario emplear violencia contra la persona del deudor, caso en el cual la penalidad, en la práctica, devendría en inútil, por ser inejecutable.

4.7. Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de no hacer

Con relación a este tema, Kemelmajer de Carlucci[3400] sostiene que algunos autores señalan que no es posible estipular como pena una prestación negativa. Sin embargo, la jurista argentina coincide con Gatica Pacheco, quien afirma que aunque estas cláusulas provoquen los mismos inconvenientes prácticos que se generan en las obligaciones con penalidades de hacer, ello no significa que no puedan ser pactadas como pena.

A raíz de lo expuesto, Kemelmajer de Carlucci[3401] manifiesta que será válida, por ejemplo, la cláusula por la cual el comprador se obliga a pagar el precio en el término máximo de treinta días, bajo sanción de que si demora la prestación, se compromete a no ejercer cierta actividad comercial por determinado número de años, en un radio circunscrito de la ciudad.

Por nuestra parte, compartimos lo expresado, pues no encontramos inconveniente en que se estipule como objeto de la cláusula penal una prestación de no hacer.

3399 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 39 y 40.
3400 *Idem.*
3401 *Ibidem*, p. 41.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin embargo, coincidimos en señalar que de todas las penalidades las de no hacer serán aquéllas que revestirán una mayor dificultad para su ejecución forzosa, pues en su gran mayoría implicarán la necesidad de emplear violencia contra la persona del deudor, y ello está vedado por el Derecho.

4.8. La estipulación que consista en la pérdida de los plazos acordados

Algunos autores se preguntan si podría ser objeto de cláusula penal una estipulación que consista en la pérdida de los plazos acordados.

El problema se encuentra estrechamente vinculado a la función que desempeña la cláusula penal.

Los autores que sostienen que la obligación penal sí podría tener como objeto la pérdida de plazos acordados, fundamentan su línea de pensamiento —como señala Kemelmajer de Carlucci—[3402] en la función exclusivamente coactiva o punitiva que cumpliría la cláusula penal pura. En este sentido, la pérdida de los plazos acordados, podría constituir el objeto de la cláusula penal. Efectivamente, según esta posición doctrinaria, la caducidad de plazos representaría una verdadera penalidad, pues se manifestaría claramente la función conminatoria o compulsiva de ésta.

Lo expresado podría ser fácilmente constatado en la realidad, ya que el deudor, incitado por la posible pérdida de los términos concedidos para el cumplimiento, tomará todas las medidas a su alcance para que dicho incumplimiento no se produzca. Entonces, constreñido el deudor por tal eventualidad, temerá la sanción estipulada.

Kemelmajer de Carlucci[3403], luego de recoger el principal fundamento que sirve de sustento a la posición expuesta, considera que la estipulación que consiste en la pérdida de plazos acordados no podría ser objeto de la obligación penal, sino que simplemente representaría una cláusula de caducidad de plazos, cuyo régimen es absolutamente disímil.

Asimismo, la profesora argentina manifiesta que admitiendo que la cláusula penal cumple una función ambivalente, es decir, no sólo posee un carácter compulsivo, sino también un carácter indemnizatorio, no puede considerarse que la caducidad de los plazos constituya el contenido de una obligación penal. Y agrega que en la caducidad de plazos no se advierte cómo se estiman preventivamente los daños y perjuicios. Además, tal caducidad no excluye la acción de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, pudiendo el acreedor reclamar, además del vencimiento del término, los perjuicios reales.

3402 *Ibidem,* pp. 41 y 42. Von Thur (Von Thur, Andreas. *Op. cit.,* tomo II, p. 237), como luego veremos, comparte lo expresado por la profesora argentina, pues sostiene que «el vencimiento anticipado de deudas» no tiene estructura obligacional.

3403 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 43.

Nosotros compartimos el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci en el extremo relativo a que la pena convencional cumple esencialmente una función ambivalente, es decir, que tiene carácter compulsivo y también indemnizatorio. Es más, como lo hemos manifestado en su oportunidad, la cláusula penal cumple, en rigor, una función polivalente.

Sin embargo, estimamos que el tema de pérdida de los plazos sí constituiría un supuesto digno de ser considerado como una penalidad.

Es evidente que a un deudor no le dará lo mismo tener que cumplir con una o con varias prestaciones en diversos plazos, aún no acaecidos, que tener que cumplir con la prestación o las prestaciones pendientes de inmediato.

El tema puede ser apreciado claramente desde la perspectiva patrimonial, en la medida en que el uso del dinero o de cualquier otro bien en manos del deudor, por un lapso más considerable, le redituará beneficios de los que carecería si se tuviera que desprender de esos mismos bienes en plazos anticipados.

Por ello, consideramos que la estipulación que consiste en la pérdida de plazos acordados, sí podría ser objeto de la cláusula penal.

4.9. La estipulación que consiste en la pérdida de derechos ¿puede ser objeto de la cláusula penal?

No hay acuerdo en la doctrina sobre si la cláusula penal puede consistir en la pérdida de algunos derechos otorgados por la convención. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3404] señala como ejemplo que en un contrato de locación se pacte que la falta de pago de las rentas adeudadas producirá la pérdida del derecho al uso del patio y el jardín del inmueble ocupado, o que la falta de pago de los aranceles hará perder la calidad de asociado al afiliado de una asociación, etcétera.

Asimismo, la jurista argentina expresa que la doctrina que se pronuncia proclive a considerar estas estipulaciones como objeto de la cláusula penal es aquélla que da preeminencia a la función compulsiva de ésta.

Bajo esta perspectiva, Kemelmajer de Carlucci recoge el pensamiento de Soler Aleu[3405], quien ha sostenido que este tipo de estipulaciones convencionales son verdaderas cláusulas penales y no caducidades. Además, dicho autor agrega ¿cuál es la esencia jurídica de estas cláusulas llamadas de caducidad? No son cláusulas de caducidad, sino cláusulas penales, porque para que se den aquéllas es necesario el factor tiempo o plazo que en éstas está ausente.

3404 *Ibidem*, p. 42.
3405 *Ibidem*, pp. 42 y 43.

Según Kemelmajer de Carlucci, Soler Aleu confunde la «caducidad» con «plazos de caducidad», por lo que al no existir transcurso del tiempo, para él no hay caducidad sino cláusula penal.

Por su parte, Borda[3406], siguiendo la línea de pensamiento de Soler Aleu, señala que la pérdida o caducidad de un derecho que el contrato reconocía al deudor puede ser objeto de la cláusula penal. Da como ejemplo el caso que en un contrato de compraventa de inmuebles por mensualidades se estableciese la pérdida para el comprador de las mejoras que hubiere introducido en el mismo, de atrasarse en el pago regular de las cuotas.

De otro lado, Kemelmajer de Carlucci[3407] comparte el criterio mayoritario adoptado por la doctrina, que entiende que el instituto de la caducidad (de la cual los términos de caducidad son una especie) tiene —pese a las dificultades en su conceptualización— perfiles propios. En consecuencia, precisa que «Estas cláusulas por las cuales se extinguen derechos o se impide que nazcan, integran el género de las sanciones civiles, pero no son típicamente cláusulas penales».

Von Thur[3408], manifiesta que no es objeto de la obligación penal aquella desventaja a que se somete el deudor en caso de incumplimiento, como es la caducidad de derechos, por carecer ésta de estructura obligacional. Además, agrega el citado autor, que «Aunque sea lícito estipular cláusulas con ese alcance, no constituirían verdaderas cláusulas penales que, por definición, son obligaciones accesorias».

No obstante ello, y a pesar de revestir naturaleza jurídica diferente, la pérdida de algún derecho cumplirá con más de una de las funciones propias de la cláusula penal. Estimamos que las características de la figura bajo estudio se asemejan tanto a las de la cláusula penal, que se trataría de una institución digna de ser asimilada en el futuro dentro de los posibles objetos de las cláusulas penales.

Ahora bien, resulta evidente que este paso requeriría de un consenso, en la medida en que la doctrina, mayoritariamente, rechaza el carácter de penalidad de estas pérdidas de derechos.

Pensamos que admitirlas, en nuestros días, significaría desnaturalizar el concepto contemporáneo de la cláusula penal. Pero tal vez en el futuro la respuesta afirmativa se imponga.

Consideramos, en fin, que la estipulación que consiste en la pérdida de derechos del deudor frente al incumplimiento por parte de éste de la obligación principal no podría ser objeto de cláusula penal, por no tener estructura obligacional.

3406 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 170.

3407 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 43.

3408 Von Thur, Andreas. *Op. cit.,* tomo II, p. 237. Citado por Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, pp. 404 y 405.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las cláusulas penales, por definición —como expresamos al tratar el concepto de cláusula penal—, son verdaderas obligaciones accesorias.

4.10. Las amonestaciones al deudor ¿pueden ser objeto de la cláusula penal?

Por otra parte, es pertinente analizar el caso de las amonestaciones al deudor para determinar si pueden o no constituir objeto de una cláusula penal.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3409], en criterio que compartimos, afirma que no pueden ser consideradas cláusulas penales típicas ni atípicas, las amonestaciones al deudor, debido a que «Se exige que el contenido de la cláusula penal sea cualquiera que pueda ser objeto de las obligaciones, de allí que sólo pueda consistir en un dar, un hacer o un no hacer».

Pero en doctrina existe la posición contraria, sostenida por un autor alemán, Harad Horschitz[3410], quien admite este tipo de cláusulas como afectantes a los derechos de la personalidad del deudor y, por tal razón, las considera una pena contractual atípica.

A criterio nuestro, la «pena contractual atípica» de Horschitz pone en evidencia el carácter o la naturaleza jurídica de estas «sanciones». Es claro que, en estricto, ellas no serán cláusulas penales, si bien podrían ser «penalidades atípicas», en el sentido amplio mas no jurídico de la expresión.

4.11. La estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas a raíz de la rescisión o resolución de un contrato ¿puede ser objeto de la cláusula penal?

Es importante determinar si la estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas por el deudor, a raíz de la rescisión o la resolución del contrato, podría constituir o no objeto de la cláusula penal.

Para absolver dicha interrogante, es necesario revisar la posición de la doctrina frente a este tema.

La tesis mayoritaria de los autores consultados coincide en afirmar que tal estipulación sí podría ser objeto de la pena convencional.

Von Thur[3411] expresa que la pérdida de prestaciones satisfechas, a raíz de la rescisión o resolución de un contrato, por pacto comisorio, podría revestir carácter de cláusula penal, dado que tiene estructura obligacional porque equivale al pago de ellas que se hubiese pactado a favor del acreedor. Para ese supuesto —afirma el citado autor—, evidentemente lo mismo da decir que se pierden las cuotas pagadas,

3409 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 43.

3410 Harad Horschitz citado en *idem*, p. 43.

3411 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 237. Citado por Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 436.

o autorizar al acreedor (que debe devolverlas como consecuencia de la disolución de la obligación, porque quedarían como pagos sin causa) a percibir, como indemnización por el fracaso de la operación, el mismo importe de tales cuotas.

Bajo esta línea de pensamiento, Sanz Viola[3412] manifiesta que el caso de resolución de la venta a plazos por falta de pago de los plazos vencidos con retención por el acreedor de parte del precio pagado, aunque no es propiamente un supuesto de cláusula penal, permite la aplicación analógica de las normas legales referentes a ésta.

Por su parte, Albaladejo[3413], adoptando la posición mayoritaria de la doctrina con relación al tema bajo estudio, expresa que la pena puede consistir en cumplir una obligación que se impone para el supuesto en que no se cumpla la obligación principal (aquélla cuyo incumplimiento se sanciona con la pena), como sería el caso de si no entrega la obra el día fijado, pagará cien por cada día de retraso, pero la pena también puede consistir en cosa distinta de cumplir una obligación penal, como en el ejemplo de si, vendiendo algo a plazos, las partes acuerdan que, dejando de pagarse alguno, el contrato se resuelva perdiendo el comprador, como pena por el impago, los plazos ya abonados.

Al compartir la posición asumida por Von Thur y Albaladejo, consideramos que la estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas, a raíz de la rescisión o resolución de un contrato por pacto comisorio, sí puede ser objeto de una cláusula penal, ya que tiene estructura obligacional.

En tal sentido, opinamos que sí se trata de una cláusula penal, habida cuenta de que al tener por efecto la pérdida de un derecho de devolución de una prestación ya cumplida parcialmente, se estaría dejando de ejecutar un efecto natural de la rescisión o resolución contractuales.

Si las partes lo hubiesen pactado, entonces ello produciría los efectos de un acuerdo destinado a la no ejecución de una relación obligatoria. En los hechos, se trataría de una cláusula penal de no hacer, pero de aquéllas que sí tendrían considerable eficacia, pues su objeto ya se encontraría en poder del acreedor que se vio perjudicado por el incumplimiento del deudor.

4.12. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de objeto plural

Como bien manifiesta Kemelmajer de Carlucci[3414], no existe inconveniente en que el objeto de la cláusula penal consista en prestaciones conjuntas o disjuntas (conjuntivas, alternativas o facultativas). En este sentido, recuerda un caso resuelto

3412 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 67.

3413 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 250-251.

3414 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 44.

por la jurisprudencia francesa, en el cual «[...] una sociedad de socorros mutuos había establecido en sus estatutos que si alguno de los miembros de la sociedad faltaba a las exequias de otro asociado, sin poder justificar debidamente su inasistencia, debía una pena, la cual consistía, a su elección, en el pago de cierta suma de dinero o en retirarse de la sociedad».

Por nuestra parte, podemos agregar que ello resultaría factible dentro del marco del ordenamiento jurídico peruano. Para tal efecto, remitimos al lector a lo expresado con ocasión de nuestro tratamiento de las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas, consideraciones que resultan de plena aplicación a las cláusulas penales.

4.13. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de tracto sucesivo

Agrega Kemelmajer de Carlucci que no existe inconveniente para que la cláusula penal pueda consistir en una obligación de tracto sucesivo, precisando, sin embargo, que la solución es clara en el caso de las penas moratorias, pero si se trata de una sanción compensatoria, será necesario establecer un límite temporal. Lo contrario, añade, traduciría una tendencia a la perpetuidad, contraria a la esencia del vínculo obligacional, que nace para morir.

Para dar mayor claridad a sus argumentos, la profesora argentina señala como ejemplo un caso en el que se pactara que la falta de cumplimiento de la obligación principal determinara la obligación del deudor de pagar mil dólares diarios. Bajo esta perspectiva, Kemelmajer de Carlucci se formula una serie de interrogantes: «¿hasta cuándo debe el deudor esta cantidad?; ¿hasta que el acreedor muera?; ¿es acaso una obligación *intuitu personae* que se extingue con la muerte?».

A modo de conclusión, expresa que estas dificultades nos llevan a sostener que en la cláusula penal compensatoria de tracto sucesivo debe estipularse expresa o tácitamente un plazo resolutorio.

Compartiendo esta misma línea argumentativa, Sanz Viola[3415] manifiesta que «El objeto de la obligación penal puede estar constituido por una prestación única o por prestaciones periódicas, escalonadas o progresivas».

Por nuestra parte, coincidimos con el parecer de Kemelmajer de Carlucci, en el sentido de que no habría problema en considerar que la cláusula penal consista en una obligación de ejecución periódica o de tracto sucesivo, siempre y cuando se trate de cláusulas penales de naturaleza moratoria.

Sin embargo, no compartimos el criterio de la profesora argentina en lo que respecta al ejemplo propuesto, pues en él no se trata de una cláusula penal compensatoria, sino moratoria; y, como tal, su devengamiento podría tener carácter

3415 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 66.

indefinido, si nunca se llegase a cumplir con la prestación adeudada y el deudor continuase en mora (con todo lo que esto implica).

Creemos que no habría obstáculo conceptual alguno para que ello suceda y discrepamos de que en estas cláusulas penales siempre deba establecerse un plazo resolutorio.

4.14. Posibilidad de que el objeto de la cláusula penal sea diferente al objeto de la obligación principal

Kemelmajer de Carlucci[3416] afirma que en el caso de las penas compensatorias, gran parte de la doctrina exige que el objeto de la cláusula penal consista en una prestación diferente de lo que conforma la principal, ya que sería irrelevante estipular, por ejemplo, que si no entrega el caballo Centella en determinada fecha, deba dar ese mismo cuerpo cierto. En ese caso, la pena sería prácticamente inútil o mejor dicho, inexistente.

Por otro lado, Peirano Facio[3417] se muestra contrario a los conceptos señalados, esgrimiendo los siguientes argumentos:

a) No existe prohibición legal que impida la validez de una cláusula así pactada.

b) La utilidad es palmaria en aquellos casos en que se ha pactado la acumulación de la cláusula en el cumplimiento de lo principal.

c) Aun cuando no se haya pactado la acumulación, el acreedor puede tener interés en el cumplimiento de la pena, y no en el (cumplimiento) de lo principal, porque el régimen al que está sometido el pago de la primera no es el mismo que el de la segunda.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci, sosteniendo, como ya lo expresamos, una línea de pensamiento distinta a la del profesor uruguayo, busca dar respuesta a cada uno de sus argumentos. Por ello afirma, respecto al primer razonamiento, que la inexistencia de norma prohibitiva no asegura su utilidad.

Respondiendo al segundo argumento, indica que la afirmación es válida para los casos en que se han pactado prestaciones fungibles. Por ejemplo, Juan se obliga a entregar mil toneladas de trigo de determinada calidad, y si no cumple, se obliga a dar mil toneladas de idéntico producto acumulándose a las primeras. Sin embargo, Kemelmajer de Carlucci agrega que este razonamiento pierde eficacia cuando se trata de prestaciones no fungibles, como es el caso de quien se obliga a transferir un inmueble, bajo la pena de que si no lo transfiriese debe hacer tradición del mismo inmueble, porque en este caso la acumulación sería impensable.

3416 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

3417 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1964, p. 133. Citado en *idem*.

ESTUDIO ALFREDO CASTILLO FREYRE

Finalmente, con relación al tercer argumento de Peirano Facio, Kemelmajer de Carlucci expresa que respecto del sistema de la indivisibilidad no se alcanza a advertir la utilidad, en tanto y en cuanto consistiendo en el mismo objeto, siempre que la cláusula penal no fuere indivisible, lo será la principal. Pero, para el supuesto de la solidaridad de la pena y mancomunidad de la principal, resulta exacta la crítica. En efecto, Kemelmajer de Carlucci concluye sosteniendo que el acreedor tiene, en ese caso, interés en optar por la cláusula penal, a fin de beneficiarse con los efectos de la solidaridad.

Por nuestra parte, consideramos que la legislación nacional no prohíbe la validez del objeto de una cláusula penal que consista en una prestación idéntica a la que conforma la obligación principal, con las limitaciones que luego señalamos.

En el caso de las penas compensatorias una estipulación de este tipo resultaría en la práctica irrelevante e inútil. Esto es claro, pues bastaría con formularnos la pregunta de si la pena consistiera en lo mismo que la prestación principal incumplida, entonces cuál sería la diferencia para el acreedor si se encontrara exigiendo como penalidad algo que no pudo lograr obtener en calidad de obligación principal.

Por otra parte, coincidimos con las afirmaciones de Peirano Facio y Kemelmajer de Carlucci respecto a la utilidad que conlleva pactar el objeto de una cláusula penal, idéntico al objeto de la obligación principal en aquellos casos en que se ha acordado la acumulación de la cláusula con el cumplimiento de lo principal. De manera central hacemos referencia a aquellas situaciones en que se ha pactado prestaciones fungibles o bienes inciertos. Es obvio que si se tratara de bienes ciertos, ello resultaría físicamente imposible, pues sería impensable la acumulación de un bien único e irrepetible consigo mismo.

Además, si las penalidades tuvieran carácter moratorio, no existiría problema para considerar la acumulación de la pena con la prestación principal. Ello, naturalmente, en la medida en que la obligación principal y la penalidad no consistieran en bienes o prestaciones de carácter único e irrepetible, sino que fuesen fungibles o inciertos, vale decir, que en los hechos se pudieran dar, a la vez, la obligación principal y la cláusula penal.

5. La causa fuente de la cláusula penal

La doctrina en general admite que la cláusula penal pueda tener como causa —fuente o título— el contrato o la convención del que forma parte. Sin embargo, los autores disienten de si ésta es la única fuente, o si, por el contrario, puede nacer de la voluntad unilateral, de la ley o, incluso, de sentencia judicial.

A continuación, analizaremos cada uno de los supuestos mencionados.

TSTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.1. El contrato como fuente de la cláusula penal

Desde luego, la fuente por excelencia de la cláusula penal es el acuerdo de las partes, es decir, el contrato.

En este sentido, manifiesta Lobato de Blas[3418] que en la mayor parte de los supuestos la penalidad estará integrada en una cláusula del negocio principal que garantiza (de ahí su nombre), pero no puede olvidarse, como se ha señalado, que ella puede ser constituida mediante negocio separado, lo que pone más claramente de relieve —si cabe aún— su origen contractual.

Bajo esta misma óptica, Kemelmajer de Carlucci[3419] expresa que «La propia palabra "cláusula" motiva —gramaticalmente— a sostener que la convención es su única fuente, porque la cláusula es la unidad elemental del contenido de la voluntad negocial».

Asimismo, Llambías[3420], respecto a la causa fuente de la cláusula penal, sostiene que ésta tiene como causa o título el contrato del que forma parte; como su nombre lo indica, es una cláusula del contrato.

Es evidente que las cláusulas penales emanan fundamentalmente de los contratos. De ahí su nombre. No obstante ello, y sin perjuicio de lo que analizaremos a continuación, resultaría irrelevante seguirlas denominando así si su causa fuente fuera distinta.

5.2. La voluntad unilateral como fuente de la cláusula penal

La generalidad de los autores admite que las cláusulas penales puedan incluirse en actos creadores de obligaciones que no sean contratos, aunque en tales casos —como bien expresa Busso, citando palabras de Windscheid—[3421] la designación «pena convencional» (o «cláusula penal», en el caso peruano) no es del todo exacta; pero lo importante es que le son aplicables los mismos principios jurídicos.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3422], quien al igual que nosotros admite a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no encuentra impedimento en sostener que la cláusula pueda emanar de actos jurídicos *inter vivos* unilaterales.

Esta posición —indica la citada profesora— ha recibido acogida jurisprudencial en un interesante caso fallado por la Cámara Nacional Civil, Sala F: «El reconocimiento de su mora y el compromiso de pagar una suma mensual hasta

3418 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 145.

3419 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 44 y 45.

3420 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 434.

3421 Windscheid, Bernhard. *Diritto delle Pandette.* Traducido por Fadda y Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1930, tomo II, p. 121. Citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 453.

3422 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 46.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el cumplimiento de la obligación que el vendedor asumió en una carta dirigida al contratante, no constituye una oferta que requiera aceptación para su perfeccionamiento, sino una obligación unilateral y voluntariamente asumida con el carácter de cláusula penal».

Siguiendo este mismo razonamiento, Demogue[3423] afirma que quienes aceptan la posibilidad de crear obligaciones por acto unilateral, admiten que puedan establecerse penas en ese tipo de disposiciones: por ejemplo, documentos al portador, legados, renuncias de derechos que el beneficiario no podría aceptar sin cargar con la eventualidad de tener que cumplir la pena, etcétera.

Pérez González y Alguer[3424] comparten lo expresado, al señalar que también puede constituirse una obligación de igual índole —que la cláusula penal— en virtud de promesa unilateral, siempre que semejante promesa sea válida, por ejemplo, mediante documento al portador, lo mismo que por legado.

Por su parte Busso[3425], en posición contraria, considera que en realidad un particular no podría unilateralmente imponer a otro una pena, porque nadie tiene un poder jurídico punitivo o disciplinario de Derecho Privado que le permita producir por su sola voluntad ese efecto jurídico. Agrega el famoso profesor argentino que las penas de los actos unilaterales, al igual que las obligaciones principales que dichos actos creen, son siempre efectos jurídicos que sólo tienen virtualidad cuando están sustentados por la concordancia de dos voluntades.

Por nuestra parte, no encontramos inconvenientes teóricos ni prácticos para entender que las penalidades también pueden ser impuestas por actos de voluntad unilateral generadores de obligaciones.

Para ello, bastaría con citar un ejemplo. Una persona otorga testamento. En él establece un legado en favor de un eventual legatario determinado. Muerto el testador y conocido el contenido de su declaración de última voluntad, el legatario decide convertirse en tal, aceptando el legado. Dicho legado consiste en la propiedad de un inmueble muy valioso. Pero él se halla con la imposición de un cargo, que consiste en que el legatario acepte colocar todos los días un ramo de rosas rojas sobre la tumba de la madre del causante-testador.

En el testamento también se incluyó una disposición a través de la cual el causante establecía que por cada día que el legatario no cumpliese con poner las citadas flores, debería cumplir con pagar a una institución de caridad la suma de cien dólares de los Estados Unidos de América.

3423 René Demogue citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, p. 453.

3424 Pérez González y Alguer en las anotaciones a Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.* Citados por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 146.

3425 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, p. 453.

Dentro de tal orden de ideas, y como ha sido dicho por nosotros desde el inicio de nuestro Tratado, gran parte de la doctrina coincide en señalar que no encuentra inconveniente en considerar al testamento como causa-fuente de obligaciones, y esa misma doctrina lo considera causa-fuente de cláusulas penales.

En este sentido, Vittorio Polacco[3426] expresa que no hay ningún obstáculo en denominar cláusula penal a la estipulación por la cual el testador impone al heredero una obligación accesoria en el supuesto de no cumplir con los legados impuestos.

Bajo esta línea de pensamiento, Aubry y Rau[3427] manifiestan que «Aunque lo normal es que la cláusula penal provenga de un contrato, parece no haber objeción para que esté contenida en un testamento, como sería el caso de cuando el testador impone al heredero una multa a favor del legatario, si no efectúa la entrega del legado en un determinado lapso, como ejemplo desarrollado por nosotros».

En este mismo orden de ideas, Demogue[3428] señala que la cláusula penal puede tener su fuente en todos los actos creadores de obligaciones, aunque no sean contratos. En tal sentido, se aceptarían las multas incluidas en las disposiciones de última voluntad: en los testamentos y en las particiones hechas por ascendientes.

Otro autor que trata con precisión el tema es Trimarchi[3429]. Este jurista considera que entre las penas de Derecho Privado se encuentran también «las disposiciones testamentarias a título de pena», que son aquellas disposiciones con las cuales el testador se propone ejercer una presión psicológica a su heredero o legatario, para animarles al cumplimiento de una particular voluntad expresada por el mismo, bajo pena de una determinada desventaja patrimonial, en el caso de transgredir la voluntad antedicha[3430].

3426 Polacco, Vittorio. *Le Obbligazioni nel Diritto Civile italiano*. 2.ª edición. Roma: Athenoeum, 1915, p. 134. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 45.

3427 Aubry, Charles y Charles Frédéric Rau. *Op. cit.*, tomo IV, p. 113. Citados por Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 434.

3428 Demogue, René. *Op. cit.*, tomo VI, p. 452. Citado por Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 173. Por su parte, Bernhard Windscheid (Windscheid, Bernhard. *Op. cit.*, tomo II, p. 121 citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo VI, p. 453) comparte lo expresado por este autor, ya que indica que las multas incluidas en las disposiciones de última voluntad: los testamentos, pueden considerarse como cláusulas penales. En pocas palabras, Windscheid afirma que el testamento puede ser causa-fuente de una obligación penal.

3429 Trimarchi, Michele. *La clausola penale*. Milano: Giuffré, 1954, pp. 154-160 citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 146-148.

3430 Al ser muy amplia la definición anotada, según Trimarchi, parece conveniente distinguir y considerar por separado las hipótesis donde el comportamiento condicionante sea necesario (jurídicamente relevante) y las hipótesis donde, en cambio, el comportamiento sea debido. Concluye el citado autor señalando que estos dos tipos de disposiciones no pueden entrar en la misma categoría y que únicamente se puede y se debe hablar de disposiciones testamentarias *poenae nomine* sólo con relación a las disposiciones testamentarias donde la eficacia del supuesto de hecho concreto esté subordinado a la falta de verificación de un comportamiento por parte de un sujeto que está obligado a él.
Añade Trimarchi, por otra parte, que las disposiciones testamentarias a título de pena pueden provocar efectos jurídicos constitutivos, modificatorios o extintivos, según se cree una situación

Por su parte, Lobato de Blas[3431], compartiendo el pensamiento de Trimarchi, manifiesta que considerando conjuntamente las disposiciones a título de pena, hay que admitir que en ellas existe una función jurídica estrictamente punitiva; siendo así la naturaleza y, sobre todo, la función de las disposiciones testamentarias a título de pena, debe admitirse, sin lugar a dudas, que constituyen verdaderas penas de Derecho Privado. La vinculación entre la obligación principal y la sanción en caso de incumplimiento son características típicas tanto de las penas privadas como de las disposiciones testamentarias a título de pena.

De otro lado, existe un importante sector de la doctrina que niega que las penas impuestas por el causante en un testamento constituyan cláusulas penales.

Entre estos autores se ubica Llambías[3432], quien afirma que si la cláusula penal está contenida en un testamento, sólo tiene apariencia de tal, pues en verdad constituye un cargo impuesto al heredero subordinado a la condición negativa de que no cumpla el legado, o no lo cumpla en tiempo propio.

Piola[3433], siguiendo la misma línea argumentativa, expresa que la estipulación por la cual el testador impone al heredero una obligación accesoria, en el supuesto de no cumplir con los legados impuestos, no constituye una cláusula penal sino una modalidad de la institución hereditaria que se rige por reglas propias. Para

jurídica nueva o se modifique cualitativa o cuantitativamente, subjetiva u objetivamente, una preexistente situación jurídica, o bien se extinga ésta.
Desde luego, agrega el autor, en cada uno de los casos, existirá una voluntad dirigida al establecimiento de una sanción positiva, apta para lograr el fin querido.
Esta intención de castigo puede unirse a la voluntad de beneficiar a un sujeto distinto de aquél que sufre la pena, siendo en este caso el estipulante y el beneficiario de la disposición sujetos diferentes.
Adicionalmente, Trimarchi expresa que la disposición puede adquirir aspectos y perfiles diversos, según se mire desde el punto de vista del antedicho supuesto o desde el punto de vista del eventual beneficiario de la disposición penal. El primer punto de vista no es susceptible de suprimirse, por la misma estructura de la disposición penal que presupone el comportamiento (a cuya violación va subordinada la cláusula del heredero o del legatario), e igualmente (de forma expresa, tácita e implícita) la existencia de un legado o de un *modus* (como determinación accesoria de otra disposición). Al respecto, precisa Trimarchi que el testamento, en sentido material, no se puede limitar a una disposición testamentaria a título de pena, pues ésta no puede subsistir sola, sin otra disposición que la justifique.
Finalmente, el profesor citado concluye que desde el segundo punto de vista señalado, la concurrencia entre la voluntad de punir y la voluntad de beneficiar no se traduce en conflicto alguno, considerándose que, en tal supuesto, la finalidad de beneficiar se encaje en forma subordinada y accesoria.

3431 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 148.

3432 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I. p. 435. Por su parte, Guillermo A. Borda (Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 167) comparte lo expresado por Llambías, pues considera que existe un cargo resolutorio y no una cláusula penal en los casos en que el testador dispone que si el legatario no cumple con el cargo establecido a favor de un tercero, perderá el beneficio.

3433 Piola, Giuseppe. «Clausola penale». En *Digesto italiano*, p. 366. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 45.

otros, como Gatica Pacheco[3434], sólo cuando el heredero acepta la asignación que se le ofrece, se configura la cláusula penal, por lo que ésta no habría nacido por la sola voluntad del testador, sino por la concurrencia de dos voluntades (la del causante y la del heredero o legatario).

Finalmente, con mayor rigor lógico, dice Busso[3435] que en realidad tales «sanciones testamentarias» no son cláusulas penales. Recuerda el citado profesor que éstas cumplen una función indemnizatoria, la cual es característica de ellas. En cambio, aquéllas no tienen por objeto reparar daños y perjuicios, razón por la cual deben ser interpretadas en función de las normas regulatorias del cargo y sólo subsidiariamente, a falta de disposición expresa, aplicar por analogía las disposiciones sobre cláusula penal.

A nuestro entender, y como ya lo manifestamos, las penas impuestas por el causante en un testamento sí constituyen cláusulas penales. Ello, a pesar de que las sanciones testamentarias no tienen por finalidad obtener la reparación de un perjuicio en el patrimonio del causante. En consecuencia, si bien es cierto que no cumplen la función indemnizatoria que es una de las características de las cláusulas penales, sí cumplen con la función compulsiva, que también las caracteriza.

A modo de conclusión, reiteramos que la voluntad unilateral sí puede ser causa-fuente de una obligación penal. En este sentido, somos del parecer de que si es factible que los particulares den nacimiento a obligaciones, también lo será que un particular pueda, unilateralmente, imponer a otro una pena. Esto, porque no obstante que nadie tiene un poder jurídico punitivo o disciplinario de Derecho Privado que le permita producir por su sola voluntad ese efecto jurídico, el cual sólo tiene virtualidad —como expresa Busso— cuando está sustentado por la concordancia de dos voluntades, para que surtan efectos los actos nacidos de la voluntad unilateral se requiere que el eventual beneficiario de éstos manifieste su asentimiento para obtener dichos efectos.

Por ello coincidimos con Piola en el extremo de que para que origine efectos una cláusula penal fruto de un acto unilateral, resultará absolutamente necesario que el deudor de la penalidad (la contraparte) manifieste su voluntad de convertirse en tal (en deudor), al haber aceptado las condiciones impuestas por el disponente de la cláusula penal, ya sea por acto unilateral *inter vivos* o *mortis causa*.

5.3. La ley como causa-fuente de la cláusula penal

Resulta preciso determinar si la ley puede ser o no causa-fuente de una obligación penal.

3434 Gatica Pacheco, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 240. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 45.

3435 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo iv, p. 453.

Para algunos autores —como Von Thur—[3436], no hay razón conceptual en negar carácter de cláusula penal a las sanciones fijadas por las leyes para los casos de incumplimiento de obligaciones de origen legal, ni tampoco a las indemnizaciones legalmente tarifadas, porque ellas entrañan, en el fondo, una interpretación de la voluntad de las partes.

En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas[3437] expresa que «Aun cuando pudiera parecer extraño que una figura denominada "pena convencional" pueda nacer de algo ajeno a la voluntad de las partes, no cabe duda alguna de la posibilidad de su origen legal».

Bajo esta perspectiva, Busso[3438] manifiesta que, a veces, es la misma ley la que impone ciertas formas de indemnización que pueden equipararse a las cláusulas penales.

Por otro lado, encontramos cierto sector de la doctrina que niega que la ley pueda ser causa-fuente de una obligación penal.

Siguiendo esta posición, Kemelmajer de Carlucci[3439] afirma que este tipo de indemnizaciones legalmente tarifadas tienen una naturaleza muy distinta de la cláusula penal. Tanto es así que, como indica con acierto De Cupis[3440], presentan el carácter de inmutabilidad absoluta, es decir, los jueces no pueden reducirlas ni ampliarlas. En cambio, precisa Kemelmajer de Carlucci, las cláusulas penales son inmutables sólo relativamente.

Además, respecto de este tema, la profesora citada considera que si bien el Estado es soberano para imponer sanciones civiles contra quienes incumplen obligaciones de origen legal, éstas por su fuente y su carácter de necesidad, en cuanto a la imposición, no pueden asimilarse a las cláusulas penales, que se caracterizan por ser voluntarias. Añade, asimismo, que «Las cláusulas penales nacen de la voluntad, y en este sentido pueden ser catalogadas de arbitrarias o accidentales».

3436 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II. p. 236. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 49. Ésta parece ser la opinión de Colmo (Colmo, Alfredo. *De las Obligaciones en general. Op. cit.*, p. 165) y de Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, 18. p. 454), con relación a las indemnizaciones tarifadas.

3437 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

3438 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454. También el autor manifiesta que pueden constituir cláusulas penales ciertos recargos que contienen las leyes fiscales cuando el contribuyente no paga la cuota en tiempo oportuno. Respecto a esto último, Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 49) expresa que alguna jurisprudencia ha llegado a asimilar los recargos proporcionales al tiempo de demora a una pena moratoria, cuando considera que: «La multa en materia de impuestos es un accesorio de los mismos, y si bien emana de la ley es equiparada a una cláusula penal que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación y prefijar los daños».
Finalmente, Busso indica que son usuales las cláusulas penales en las leyes administrativas que reglamentan la concesión de servicios públicos.

3439 *Ibidem*, pp. 49 y 50.

3440 Adriano de Cupis citado en *idem*, pp. 49 y 50.

Concluye dicha jurista señalando que las sanciones legales integran el acto con independencia de la voluntad de las partes. Por eso, precisa, que tampoco aquí procede la facultad de reducir los montos fijados legalmente, salvo que la ley se declare inconstitucional por ser violatoria del derecho de propiedad.

Creemos conveniente recordar las palabras de Gatica Pacheco[3441], quien respecto a lo señalado por Kemelmajer de Carlucci manifiesta que todo lo dicho no obsta para que sanciones legales y cláusulas penales, en algunos aspectos generales, estén sujetas a los mismos principios generales por ser ambas especies del género común (sanción civil).

Nosotros disentimos del pensamiento de Kemelmajer de Carlucci, porque consideramos que la ley sí puede ser causa-fuente de una obligación penal, ya que esta última, al igual que cualquier otra obligación, perfectamente puede nacer de la voluntad humana o de la ley.

Debemos agregar que no observamos razón alguna para debatir sobre el tema, en la medida en que los tres argumentos que se aducen para negar la naturaleza de «cláusulas penales» a las penalidades impuestas por la ley, realmente carecen de sustento.

En primer término, si bien es cierto que la denominación «cláusula penal» indica o denota de manera clara un origen contractual o convencional, ello no constituiría un obstáculo lo suficientemente sólido como para que nos encontremos impedidos de denominar «cláusula penal» o «penalidad» o «pena» a aquellas penas impuestas por la ley. Se trata de un episódico problema de nomenclatura. Es, pues, algo de forma mas no de fondo.

Luego, se señala que para la existencia de la cláusula penal es necesaria la presencia de la voluntad de las partes, indicándose que en la ley no podrá estar presente esa voluntad. Resulta evidente que en una penalidad impuesta por la ley no estará presente la voluntad humana; pero ello es obvio, pues ahí la única voluntad que interesa es la única que podrá existir: la de la propia norma legal.

Negar el carácter de penalidad por el hecho de que no existe presencia de la voluntad humana, equivaldría a asignar al concepto de cláusula penal una esencia contractual apriorística, que no se deduce de su concepto ni de su naturaleza.

Y, finalmente, no admitir el carácter de cláusula penal a las penalidades impuestas por la ley por el hecho de que ellas no sean susceptibles de reducirse a solicitud del deudor (en el caso peruano por las razones que señala el artículo 1346 del Código Civil), no implica que tal situación devenga en determinante de su naturaleza jurídica.

3441 Sergio Gatica Pacheco citado en *ibidem*, p. 50.

Lo único que podría derivarse de tal hecho es la conclusión de que en torno a la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal, existiría un régimen paralelo con respecto a las penalidades de origen convencional. Esto y nada más.

5.4. La sentencia como causa-fuente de la cláusula penal

Afirma Windscheid[3442] que la cláusula penal puede ser también impuesta por el juez, y aunque reconoce que no constituye específicamente una relación contractual, sostiene que no existen impedimentos en aplicarle la normativa del instituto bajo estudio.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3443] —en posición contraria a la expresada por Windscheid— señala que la postura del autor alemán implica un desplazamiento de los principios relativos al Derecho de Obligaciones hacia otras zonas del Derecho.

En opinión nuestra, una sentencia judicial no puede ser causa-fuente de una obligación penal, ya que en estos casos la cláusula penal no nace de una resolución judicial. Los magistrados, simplemente, imponen las penalidades que corresponde aplicar, ya sea que éstas hubieran tenido su origen en la voluntad humana o en la ley.

6. La causa-fin de la cláusula penal

En torno de este tema, es pertinente determinar si la cláusula penal posee o no una causa-fin distinta de la del acto principal, cuyo cumplimiento asegura.

Dentro de tal orden de ideas, Trimarchi[3444] señala que este elemento estructural «[...] es la piedra de toque a fin de determinar la autonomía conceptual de la cláusula penal».

Agrega el profesor italiano que este punto se encuentra íntimamente vinculado al criterio que se sustenta en cuanto a las funciones que cumple la cláusula penal. En este sentido, quienes le otorgan función compulsiva aseveran que la finalidad de la cláusula penal puede diferir, y de hecho difiere en muchos casos, de la causa-fin del negocio principal. Así, por ejemplo, mientras la causa final del contrato de compraventa reside, según la visión tradicional, en el intercambio de una cosa contra un precio, la cláusula penal que se pacta para reforzar dicho negocio no tiene por causa final dicho intercambio, sino que su causa próxima es la precisión de la sanción para su cumplimiento.

3442 Windscheid, Bernhard. *Op. cit.*, tomo II, p. 121. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 50.

3443 *Ibidem*, pp. 50 y 51.

3444 *Ibidem*, p. 51.

A veces ambas causas-fines —añade el jurista italiano—, se hallan en situación de complemento, pero otras pueden presentarse en relación de mutua «indiferencia».

Concluye Trimarchi indicando que, incluso en algunas oportunidades, es la propia cláusula penal la que impide el cumplimiento del fin previsto en el negocio principal.

Así, por ejemplo, si se pacta una pena compensatoria, eligiendo el acreedor la pena, frustrará de hecho la realización del fin del contrato, porque el intercambio querido en el negocio principal no se realizará, sino él se sustituirá por la cláusula penal.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3445] —respecto a lo expuesto por Trimarchi— manifiesta que «Para quienes sostienen que la cláusula penal no es sino una simple liquidación anticipada de los daños y perjuicios, es evidente que ella no tiene una causa final específica, sino que siempre se identifica con la de la convención principal».

Sin embargo, la profesora argentina agrega que tanto para ella, como para el Derecho argentino, la cláusula penal cumple una función ambivalente, es decir, tiene una finalidad compulsiva e indemnizatoria, por lo que apareciendo *ab initio* la primera, la existencia de la causa final propia parece innegable.

A nuestro parecer, y como lo hemos expresado oportunamente, la penalidad cumple un fin múltiple.

Dentro de esa finalidad diversa, ella, por un lado, tiene carácter compulsivo, ya que se pacta para reforzar el cumplimiento de la obligación principal; y por otro, tiene carácter indemnizatorio, pues constituye una liquidación anticipada de los daños y perjuicios ante el incumplimiento por el deudor de la obligación principal.

En este sentido, consideramos que la cláusula penal, desde la óptica de su función compulsiva, posee una causa-final propia, distinta de la del negocio principal cuyo incumplimiento sanciona. Por ejemplo, si tomamos el contrato de compraventa como acto principal, podremos percibir que la causa-final de éste, que es la transferencia de la propiedad de un bien a cambio del pago de un precio —finalidad que se encuentra prevista por el artículo 1529[3446] del Código Civil—, difiere de la función que desempeña la obligación penal.

Por otro lado, respecto a la finalidad indemnizatoria que cumple la cláusula penal, sostenemos —coincidiendo con los autores que adoptan esta posición—, que en este caso, como simple liquidación anticipada de los daños y perjuicios, la

3445 *Ibidem,* pp. 51 y 52.

3446 El artículo 1529 del Código Civil peruano de 1984 preceptúa lo siguiente: «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero».

pena convencional también presenta causa final propia, que no se identifica con la del negocio principal. No olvidemos que con la obligación principal el acreedor busca obtener el cumplimiento de la prestación deseada; en cambio, con la penalidad se persigue, como hemos expresado en reiteradas ocasiones, un fin indemnizatorio (ya sea compensatorio o moratorio).

A modo de conclusión, anotamos que, a nuestro criterio, el Código Civil de 1984, con respecto a la función que cumple la cláusula penal, sigue la línea de pensamiento antes esbozada. En efecto, dicho cuerpo normativo, en su artículo 1341, recoge la finalidad plural que desempeña la pena. Por lo expuesto podemos afirmar que nuestra legislación civil otorga a la cláusula penal una finalidad propia específica, distinta a la de la obligación u obligaciones principales.

7. Formalidad de la cláusula penal

Al abordar el tema de la formalidad de la cláusula penal nos estamos refiriendo, como precisa Díez-Picazo[3447], a «[...] un conjunto de solemnidades exteriores que son consideradas como un necesario vínculo de expresión de la voluntad contractual, la cual debe quedar exteriormente revestida de ellas con el fin de que alcance plena validez y eficacia jurídica».

En este sentido, Busso[3448] expresa que en el campo de la pena convencional impera la libertad de formas y de fórmulas. Es decir, la cláusula penal no requiere ninguna formalidad especial, así como tampoco de fórmulas sacramentales. Es más, agrega el profesor argentino, «No es menester que se hable literalmente de pena o multa: basta con que sea clara la intención de las partes en el sentido de fijar una determinada prestación indemnizatoria para el caso de retardo o incumplimiento».

En la misma línea de pensamiento, Lobato de Blas[3449] señala que «La cláusula penal, en sí misma considerada, no exige requisitos especiales para su constitución, si bien su establecimiento ha de constar con claridad».

Igual opinión comparte Mosset Iturraspe[3450], quien afirma que «la cláusula es no formal, no requiere solemnidad prevista por la ley». Habiendo libertad de formas, podría convenirse por cualquier medio, incluso verbalmente.

Por nuestra parte, opinamos que debe quedar en claro que la formalidad y los formulismos relativos a la cláusula penal son dos temas distintos.

3447 Díez-Picazo, Luis. «El sentido histórico del Derecho Civil». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1959, p. 171. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 134 y 135.

3448 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454.

3449 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

3450 Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». En *Revista del Notariado*, n.° 755. Buenos Aires, 1977, p. 1229. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

Uno, el de la formalidad, tiene que ver con la forma en que estaría representada la cláusula penal. O sea, si el contrato en el que se estipula es uno celebrado verbalmente, será claro que la cláusula penal también se pactaría de este modo. Y ello por la simple circunstancia de que la cláusula es parte integrante de ese contrato verbal.

Si el contrato, en cambio, se hubiese celebrado por escrito, entonces la cláusula penal también deberá constar por escrito, en la medida en que es parte integrante de aquél. Lo mismo ocurrirá si el contrato se hubiese celebrado por escritura pública o siguiendo alguna otra formalidad.

Pero, por otra parte, debemos puntualizar que si la ley o las partes han establecido una formalidad solemne a seguir para el contrato que contiene la obligación que garantiza la cláusula penal, pues ella debería seguir dicha formalidad; esto, en la medida en que aquí se aplica el principio de que lo accesorio (la cláusula penal) sigue la suerte de lo principal (la obligación que es garantizada con esa cláusula penal)[3451].

En lo que respecta al contenido de la cláusula penal, la ley no establece fórmulas sacramentales, vale decir, determinadas expresiones que necesariamente deban utilizarse para tal efecto.

No obstante ello, consideramos que la cláusula penal necesariamente deberá pactarse de manera expresa —como en su oportunidad lo señalamos—, pues las penalidades no pueden inferirse tácitamente, dada la injusticia que representaría su imposición cuando su propio origen resultara dudoso o incierto.

En tal sentido, es importante que las partes sean lo suficientemente claras al expresar en qué consiste la penalidad, porque el Derecho de Obligaciones se basa en que tanto deudor como acreedor conozcan con exactitud en qué consiste aquello que se va a cumplir.

Por lo expuesto, es evidente que la cláusula penal debe ser determinada, o al menos determinable, es decir, susceptible de determinación ulterior, sin que para dicha determinación resulte necesario que intervengan las partes contratantes, como en ocasión anterior lo hemos estudiado.

Pero, partiendo de la premisa de que exista el pacto de penalidad y que fuese válido, debemos insistir en que los alcances de la pena también deben ser determinados o claramente determinables.

Nos estamos refiriendo, desde luego, no a la existencia de la penalidad, sino a su monto o cuantía.

Al igual que con su propia existencia, no se puede ser ambiguo en cuanto a los alcances o cuantía de la penalidad. Aquí siempre resultará necesario efectuar

3451 Texto correspondiente a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

una interpretación de carácter restrictivo, por la natural primacía de un criterio de equidad, de acuerdo a los conceptos antes desarrollados.

Por otro lado, como expresa Kemelmajer de Carlucci[3452], «El Derecho italiano plantea solución distinta a la expuesta, en torno a la formalidad que debe cumplir la cláusula penal. El Código Civil Italiano de 1942 en sus artículos 1341 y 1342 dispone que "las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrá efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial"».

La profesora citada añade que dicho cuerpo normativo prescribe que en los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas.

En este orden de ideas, Andrea Magazzu[3453], considera que siempre que la cláusula penal se inserta entre las condiciones generales del contrato o que haya sido incluida en formularios, requerirá la forma escrita.

Más explícitamente, Trimarchi[3454] entiende que en el caso de cláusulas insertas en formulario es menester distinguir si ellas están impuestas a favor del deudor de la obligación principal o del acreedor. Sólo en este último caso, precisa el citado autor, se requiere la forma escrita, pues no se puede imponer al deudor una pena, si específicamente no resulta su efectiva participación (mediante la aprobación por escrito) en la formación del consentimiento.

Por nuestra parte, y con relación a la formalidad de las cláusulas penales que estén comprendidas en contratos por adhesión o celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, esa formalidad será —como disposiciones accesorias que son las cláusulas penales— la misma de los contratos que integren.

Precisamos que respecto a este tema el Código Civil peruano le otorga una amplia regulación entre sus artículos 1390 y 1401. Nosotros no vamos a ingresar a esta materia porque ella es de orden específicamente contractual.

3452 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 53.

3453 Magazzu, Andrea. «Clausola penale». En *Enciclopedia del Diritto.* Tomo VII, 1960, p. 192. Citado en *ibidem,* p. 53.

3454 Trimarchi, Michele. *Op. cit.*, p. 139. Citado en *ibidem,* pp. 53 y 54.

Ahora bien, un problema en torno a la forma que debe adoptar la pena convencional radica, como expresa Lobato de Blas[3455], en el hecho de si la cláusula penal debe estar sujeta o no a las mismas formalidades previstas para la obligación principal. Ello como consecuencia de considerarse a la pena convencional en su relación con la convención principal que garantiza.

El aspecto señalado se refiere —como indica Lobato de Blas— al supuesto de una cláusula penal considerada no como integrante de un negocio principal, sino como un negocio separado, es decir, que su constitución se haya realizado con posterioridad al que originó la obligación principal y en un documento independiente. El dilema que aquí se plantea es el determinar si en el documento en el que se estipula la cláusula penal han de concurrir o no las mismas formalidades que en el otorgamiento de aquél en que se pactó la obligación principal. Asimismo, este problema podría presentarse —como bien lo hace notar Kemelmajer de Carlucci—[3456] aun cuando habiéndose estipulado en el mismo instrumento, la pena exija, por su naturaleza, una forma más rigurosa que la de la obligación principal.

En este sentido, un grupo minoritario de autores propugna la no sujeción de la pena convencional a las formalidades de la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza.

Peirano Facio[3457], principal representante de este parecer, se ha pronunciado por el principio de «la independencia de las formas», fundado no sólo en la carencia de una norma legal que obligue a seguir la forma de la principal, sino también en algunos antecedentes de Derecho antiguo.

Además —agrega el autor citado—, la regla de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal es sólo en razón de la «existencia» (si una es nula, también lo es la otra) y no en razón de la «naturaleza», porque lo contrario podría llevar a conclusiones absurdas.

Por otro lado, un amplio sector de la doctrina argumenta que la cláusula penal —convenida con posterioridad al momento en que se estipuló la obligación principal— debe seguir la misma formalidad que se pactó, en su oportunidad, para la convención que garantiza.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Von Thur[3458] señala que la pena convencional puede prometerse al celebrarse el contrato principal o en un momento posterior y puesto que con ella no se hace más que ampliar el radio de la obligación del deudor, la promesa de la pena convencional debe sujetarse a la misma forma que la promesa principal.

3455 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.

3456 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 52.

3457 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, p. 118. Citado en *ibidem*, pp. 52 y 53.

3458 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 236. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

Compartiendo lo expresado, Lobato de Blas[3459] manifiesta que el hecho de que la cláusula penal adopte las mismas formalidades que la obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza, encuentra justificación en la idea de accesoriedad. En este sentido, el profesor español recoge las palabras de Hernández Gil[3460], quien indica que la distinción entre prestaciones principales y accesorias «traduce la idea de que la prestación tenga entidad autónoma o, por el contrario, sólo pueda existir en dependencia de otra prestación a la que aparece subordinada». Con la misma idea, Lobato de Blas adopta el pensamiento de Albaladejo, quien al respecto afirma que «En cuanto a las obligaciones accesorias, debe señalarse que, por razón de su dependencia, corren la suerte de la que sea su principal».

Siguiendo este criterio, Lobato de Blas[3461] expresa que es lógico pensar que si la accesoriedad lleva como consecuencia el que la obligación accesoria siga la misma suerte que la obligación de que dependa, tal característica o efecto habrá de aplicarse no sólo en los momentos últimos de la vida de la obligación (nulidad, extinción, etcétera), sino también en los primeros, como es el momento de la constitución.

Abundando en los mismos conceptos, Lobato de Blas agrega que la denominación usual de la figura en estudio, cláusula penal, viene dada, como se ha dicho, por su común inclusión en el negocio principal (siguiendo entonces, consecuentemente, todos los requisitos formales de éste); pero en caso de pactarse en forma separada, ¿no llevaría a perplejidad el que en ese supuesto le fueran concedidas distintas formalidades?

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3462] también se adhiere a la tesis que aplica la regla de la accesoriedad. En este sentido, la profesora argentina toma las palabras de Von Wetter[3463], quien señala que «En cuanto a la forma basta un simple pacto si la cláusula va unida a un contrato de buena fe, pero si va unida a un contrato de estricto derecho, es necesaria una estipulación».

Bajo esta perspectiva, entiende Kemelmajer de Carlucci que si no existe forma especial prevista por la ley, la cláusula penal puede pactarse por cualquier medio, sin perjuicio de las dificultades probatorias que puedan presentar algunas de ellas. Precisa, sin embargo, que si la ley la ha establecido debe distinguirse entre formas *ad probationem* y *ad solemnitaten*. En este último caso, si la cláusula, por ejemplo, accede a una donación de inmuebles o a una transacción que versa sobre derechos litigiosos, la accesoria deberá estipularse como requisito de validez en instrumento público o constar por escrito y presentada al juez de la

3459 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 136.
3460 Hernández Gil, Antonio. *Derecho de Obligaciones. Op. cit.*, p. 127. Citado en *idem*.
3461 *Ibidem*, p. 137.
3462 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 54 y 55.
3463 *Ibidem*, p. 54.

causa, firmada por los interesados. En cambio —concluye Kemelmajer de Carlucci—, si las formas se imponen *ad probationem*, la cláusula se podrá estipular por cualquier medio, pero sólo podrá ser acreditada en juicio si se instrumentó de la manera ordenada por la ley para la principal.

Busso[3464] coincide con el razonamiento de Kemelmajer de Carlucci, pues considera que «Si la cláusula penal accede a un acto que tiene formas especiales, debe la cláusula convenirse con las formalidades propias a dicho acto».

Por nuestra parte, y ya lo hemos señalado anteriormente, consideramos que el Código Civil peruano de 1984, en torno a este tema, se adhiere a la regla de la accesoriedad.

Es cierto que nuestra legislación civil carece de norma expresa sobre el particular; sin embargo —siguiendo lo señalado por Bustamante Alsina—[3465], al ser la cláusula penal una obligación accesoria convenida por las partes, se rige por los principios generales de la forma y prueba de los contratos. Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1352 del Código Civil peruano prescribe que «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

En consecuencia, si la cláusula penal va unida a un contrato que no requiere forma especial prevista por la ley, basta el simple pacto o cualquier medio para constituirla, sin perjuicio de las dificultades probatorias que puedan presentarse. En cambio, si dicha cláusula va unida a un contrato cuya formalidad ha sido expresamente señalada por la ley como requisito de validez, entonces aquélla deberá estipularse sujetándose a la misma forma prevista para el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

Por otro lado, debe aclararse —como lo expresa Kemelmajer de Carlucci—[3466] que siendo la cláusula penal un negocio jurídico con estructura propia, es factible que por su propio objeto requiera, ella misma, de determinada solemnidad. La profesora argentina señala como ejemplo el caso en el que se pactara que la falta de cumplimiento de una obligación principal, determinará la del deudor de donar cierto inmueble a un tercero. Producido el incumplimiento de la obligación principal, si el «donatario» exige el cumplimiento de la donación deberá acreditar que ésta se formalizó en escritura pública.

Concluye la citada profesora afirmando que cuando la pena exija, por su naturaleza especial, que conste en instrumento público, ella deberá documentarse en la forma que el régimen general le imponga, dejando de lado el principio de accesoriedad.

3464 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 455.
3465 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 172.
3466 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 55.

En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas[3467] expresa que no sería suficiente el carácter de accesoriedad respecto de la obligación principal, para que tal régimen pudiera ser derogado, al ser más severa la forma exigida para la pena.

Debe concluirse, según dicho autor, que en tales casos la pena convencional deberá constar en la forma que el régimen general le imponga, al ser más estricto que el impuesto a la obligación principal, y no sería paliativo de su posible nulidad el argumento de que la obligación principal, de la que es accesoria, consta en forma distinta.

A nuestro entender, la cláusula penal ha de seguir en su constitución las mismas formalidades exigidas para la obligación principal de la que depende. Salvo, claro está, los casos en que la pena convencional, por su propia naturaleza, requiera de una determinada formalidad, más estricta que la impuesta a la obligación principal. Eso resulta evidente. En estos supuestos, por más accesoria que fuese, no podría válidamente constituirse dicha penalidad en caso de no cumplirse con la formalidad solemne establecida por la ley. Sin forma solemne no hay acto o, dicho en los términos de la ley peruana, el acto sería nulo.

Por lo demás, lo reiteramos, el tema sólo tendrá relevancia cuando la penalidad se convenga con posterioridad al acto cuya obligación garantiza.

Si se tratara de una penalidad incluida en el mismo acto, entonces resultará evidente que éste deberá cumplir con la formalidad más severa que imponga la más formal de sus estipulaciones o cláusulas. Siendo ello así, es decir, si se sigue la citada regla, la penalidad siempre será válida y nunca carecerá del mencionado requisito de solemnidad.

8. Los sujetos

Señala Lobato de Blas[3468] que al configurarse la cláusula penal como una obligación que constituye un vínculo o relación jurídica, es necesario que medien en ella un sujeto activo o acreedor (*creditor, reus estipulandi*), que tiene derecho a exigir y recibir la prestación, y un sujeto pasivo o deudor (*debitor, reus promittendi*), sobre el cual pesa el deber de ejecutarla.

Estos sujetos son, en suma, como lo pone de relieve Albaladejo[3469], las personas ligadas por el vínculo. Así pues, añade, siempre hay dos partes: la deudora y la acreedora.

Ello nos permite afirmar que resulta de palmaria evidencia que en la inmensa mayoría de casos las partes de la obligación principal coincidirán —en las mismas

3467 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 138.
3468 *Ibidem*, p. 127.
3469 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 19.

condiciones o calidades— con las partes de la obligación emanada de la cláusula penal por una simple cuestión lógica y natural: quien incumple con su obligación principal deberá ejecutar, como sanción, la penalidad convenida.

Salvo casos excepcionales que nos encargaremos de precisar, carecería de sentido el que sea un tercero y no el deudor quien deba cumplir con la penalidad pactada. Estimamos que tal situación relativizaría, en gran medida, el carácter compulsivo de la cláusula penal, lo que no ocurre, sin duda, si el beneficiario de la cláusula penal es un tercero.

Sanz Viola[3470] coincide con lo expresado, al indicar que los sujetos de la obligación penal, en principio, son los mismos que los de la obligación principal garantizada.

Asimismo, Kemelmajer de Carlucci[3471] sostiene que, al igual que en todas las obligaciones, se requiere que los sujetos sean distintos (entre sí), que estén determinados o que sea posible su determinación y, finalmente, que tengan capacidad.

Por nuestra parte, consideramos evidente lo señalado por la profesora citada, en la medida en que, más allá de ser accesoria, la cláusula penal es una obligación común y corriente. En tal sentido, el Derecho de Obligaciones no acepta la idea de que acreedor y deudor sean la misma persona. Ahí, simplemente, se estaría extinguiendo la obligación de manera automática, en virtud de la consolidación, medio extintivo regulado por el Código Civil en los artículos 1300 y siguientes, que se presenta cuando se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor.

Pero, ¿cuál es la capacidad necesaria para estipular una cláusula penal?

Piola[3472] sostiene que debe diferenciarse la cláusula penal emanada de un contrato de aquélla que reconoce una fuente distinta. Para el primer caso, señala que se requiere la misma capacidad que para contraer la obligación principal; en el segundo, exige la capacidad necesaria para constituirse en deudor de actos que exceden la mera administración.

Esta posición, precisa dicho autor, tiene su fundamento en el carácter accesorio de la obligación pactada y en su función indemnizatoria: si la cláusula no es más que la traducción de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento que el deudor principal ha contraído, basta para contratarla la misma capacidad que se requiera para la principal.

Este planteamiento es rechazado por Kemelmajer de Carlucci, quien, a efectos de refutarlo, recuerda lo expresado por Peirano Facio[3473]:

3470 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 65.

3471 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 28.

3472 Piola, Giuseppe. «Clausola penale». *Op. cit.* Citado en *idem*.

3473 Peirano Facio, Jorge. Citado en Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 28 y 29.

> [...] a poco que se ahonde en la cuestión se verá que puede ocurrir, en razón de la función compulsiva, que la cláusula penal signifique una prestación mucho más onerosa que la principal. Por ello los pandectistas alemanes hablan de "los efectos agravados del contrato". En consecuencia, la capacidad requerida dependerá del objeto que sea el contenido de la prestación penal; normalmente, será necesaria la capacidad jurídica para disponer.

Por nuestra parte, coincidimos con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci y Peirano Facio. Resulta evidente que en algunos casos la penalidad, que por lo general es más gravosa que la obligación principal, requerirá de mayores rigores en cuanto a la capacidad para obligarse.

Sería el caso, por citar un ejemplo ilustrativo, de un menor de edad que contraiga una obligación como consecuencia de un contrato relacionado con la satisfacción de las necesidades de su vida diaria (argumento del artículo 1358 del Código Civil de 1984).

Imaginemos que su obligación principal consista en pagar 1000 dólares americanos a cambio de la computadora que la compradora le vende y que en el contrato de compraventa se establezca que de no cumplir con su obligación, el deudor deberá pagar una penalidad consistente en la transferencia de un inmueble de su propiedad, a favor del acreedor.

En este caso, es claro que para contraer la obligación principal, conforme a lo establecido por el artículo 1358 del Código Civil, no se requerirá de autorización alguna de los padres o tutores del menor; en cambio, también resulta claro que la cláusula penal adolecería de nulidad si es que no hubiese sido estipulada con el concurso, participación y declaración de voluntad de los padres o representantes legales del menor.

8.1. El deudor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal

Anota Kemelmajer de Carlucci[3474] que no cabe duda alguna de que el mismo deudor de la obligación principal pueda someterse al pago de la pena en los casos de incumplimiento, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Bajo esta perspectiva, Lobato de Blas[3475] señala que encuadrando a la cláusula penal dentro de los llamados medios de garantía, y más concretamente, en los de carácter personal, habrá de afirmarse que el sujeto pasivo de ésta deberá coincidir con el sujeto pasivo de la obligación principal que garantiza, pues en otro caso la figura quedará desvirtuada.

Nosotros no nos atreveríamos a formular tan categórica afirmación, sin antes haber analizado los dos supuestos previstos en los acápites 8.2. y 8.3. que siguen.

3474 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 31.

3475 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 127 y 128.

No obstante, cabe recordar que el Código Civil peruano de 1984, en el artículo 1341[3476], hace referencia explícita a que la penalidad deberá ser pagada por el deudor. Pero entendemos que tal referencia no resulta —de manera alguna— excluyente, pues lo único que se ha hecho es legislar sobre la situación más común que se presenta en la práctica. Sin duda, los supuestos en que la penalidad no es asumida por el deudor resultan teóricamente posibles, a pesar de ser inusuales.

8.2. El acreedor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci[3477] expresa que el acreedor de la obligación principal puede ser también el sujeto pasivo de la cláusula penal. La profesora citada fundamenta su afirmación en el hecho de que la vida en relación exige inevitablemente la colaboración de ambas partes. El acreedor que no ayuda a su deudor para hacer más adecuado, fácil y menos oneroso su cumplimiento, pudiéndolo hacer sin gravamen serio para él, está contraviniendo el deber general de buena fe impreso por el ordenamiento. Por eso, señala Kemelmajer de Carlucci,

> [...] no es dudoso que pueda pactarse una cláusula penal para los casos de incumplimiento por el acreedor del deber de colaboración. Por ejemplo, Juan se obliga a entregar a Pedro en la estancia de éste una cantidad de animales, comprometiéndose Pedro a pagar determinada suma por cada día de retraso en su recepción. De esta manera, Juan trata de prevenir eventuales gastos de traslado y depósito, reforzando la obligación de Pedro de recibir lo adquirido.

En estos casos nos encontramos ante el supuesto de mora del acreedor. A tal efecto, debemos recordar lo establecido por el artículo 1338 del Código nacional, en el sentido de que «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 obligación».

También debe tenerse presente que el Código de 1984 prescribe como regla general, con sus correspondientes excepciones, para la constitución en mora, la intimación y no la mora automática (argumento del artículo 1333). En tal sentido, debe quedar en claro que si el acreedor no realizara los actos de colaboración correspondientes, no por ello se hallaría constituido en mora, sino que sería necesario que el deudor lo requiriera para que los realice. Ello, naturalmente, salvo que nos encontremos en la posibilidad de aplicar —*mutatis mutandis*— alguno

3476 Como se recuerda, el artículo 1341 del Código Civil prescribe que: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

3477 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de los supuestos de mora automática previstos por los incisos 1 al 4 del artículo 1333 del Código Civil.

Por otra parte, es necesario recordar que dicho Código hace expresa referencia a las consecuencias de la mora del acreedor, cuando en el artículo 1339 prescribe que «El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso» y cuando en el artículo 1340 establece que «El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor».

8.3. Terceros, ajenos a la obligación principal, como deudores de la cláusula penal. Las relaciones entre la cláusula penal y la fianza

Busso[3478] manifiesta que cuando un tercero se obliga a pagar la pena para el caso de incumplimiento por parte del deudor, se aplican subsidiariamente las reglas de la fianza. Con relación a este tema, Enneccerus y Lehmann[3479] señalan que no existe cláusula penal sino fianza; y Llambías[3480] entiende que existe una «especie» de fianza que se rige por las reglas de este contrato. De igual manera, Bustamante Alsina[3481] considera que cuando un tercero se obliga mediante una cláusula penal, la situación jurídica de éste es análoga a la de un fiador que limita su responsabilidad al monto de la pena estipulada.

Como es evidente, las semejanzas entre la cláusula penal y la fianza aparecen cuando la cláusula penal ha sido estipulada por un tercero que se obliga con respecto al acreedor a ejecutar a su favor una prestación para el caso de que el deudor no cumpla con ejecutar la prestación o retarde su ejecución.

Si bien posteriormente detallaremos las diferencias entre estos dos medios de garantía, digamos, por el momento, como bien manifiesta Kemelmajer de Carlucci[3482], que esta identidad presentará algunos escollos.

- En primer lugar, el artículo 1873[3483] del Código Civil peruano de 1984, complementado con lo expresado por el artículo 1874[3484] del propio Código, constituye un obstáculo importante a la hipotética solución propuesta de identificar a la fianza con la cláusula penal. La norma establece que el fiador no puede asumir mayores obligaciones que el deudor principal. Con relación a esto último, la

3478 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, p. 466.

3479 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* tomo II, volumen I, p. 187.

3480 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo IV, p. 435.

3481 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 173.

3482 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 32 y 33.

3483 El artículo 1873 del Código Civil peruano dispone que: «Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor».

3484 El artículo 1874 del Código Civil peruano prescribe que: «Si se produce el exceso a que se refiere el artículo 1873 la fianza vale dentro de los límites de la obligación principal».

citada profesora señala el caso de la pena compensatoria, la cual, como sabemos, usualmente es de un valor superior a la obligación principal.

En segundo término, es pertinente recordar lo preceptuado por el artículo 1879[3485] del Código Civil, el mismo que dispone que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin previa excusión de todos los bienes del deudor. Al respecto, coincidimos con Kemelmajer de Carlucci[3486], quien duda en pensar que el tercero que se comprometió al pago de la cláusula penal goce de este derecho, ya que el incumplimiento del deudor hace nacer a favor del acreedor un derecho de opción a reclamar la prestación principal o la pena. Por ello, estima que este derecho a optar *ad libitum*, impide que ante la acción del acreedor el tercero obligado a la pena pueda pretender que previamente se ejecuten los bienes del deudor.

Por nuestra parte, consideramos que esos conceptos son claros, pues cuando se produzca el incumplimiento de la obligación principal garantizada por una cláusula penal a pagar por un tercero, el acreedor se dirigirá directamente contra dicho tercero para cobrar la penalidad convenida, a menos que el cumplimiento de la obligación principal todavía resulte posible (caso en el cual el acreedor podría optar por dirigirse contra el deudor de la obligación principal). O si se tratase de una cláusula penal moratoria, supuesto en el cual el acreedor, además de exigir al tercero la penalidad convenida, también podría exigir al deudor el cumplimiento de la obligación principal.

Luego, cuando se estipula una fianza, el tercero generalmente se obliga a ejecutar la misma prestación que el deudor principal, es decir, su obligación casi siempre consiste en cumplir la prestación que el deudor omitió. En cambio, el tercero que estipula una cláusula penal se obliga a una prestación distinta, cualitativa o cuantitativamente, de la prometida por el deudor. Cabe aclarar, sin embargo, que la ley peruana no impide que el objeto de la prestación del fiador consista en uno incluso absolutamente diferente de aquél del deudor de la obligación afianzada. Ni el artículo 1868 del Código Civil ni ninguna otra de las normas relativas a la fianza establecen restricción alguna sobre el particular.

Al respecto, y en razón del ordenamiento legal argentino, Kemelmajer de Carlucci[3487] afirma que la cláusula penal puede o no ser de la misma naturaleza que la obligación principal. Cita como ejemplo que el deudor se obligue a entregar un caballo y el tercero se comprometa —para el caso de que el deudor no cumpla— a entregar 30 hectáreas de tierra. En cambio, anota la citada profesora, «La fianza no puede tener por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación principal».

3485 El artículo 1879 del Código Civil peruano expresa que: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor».

3486 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 329 y 330.

3487 *Ibidem*, p. 329.

Esta afirmación no resulta aplicable al Derecho peruano, ya que la prestación materia de fianza sí puede ser diferente de aquélla afianzada.

Por nuestra parte, consideramos que el régimen legal peruano a este respecto es acertado, en la medida en que la garantía del cumplimiento —que implica la fianza— no necesariamente tendría por qué ser en la especie prometida por el deudor cuya obligación se encuentra garantizada.

El mecanismo de la fianza implica la búsqueda de una finalidad satisfactoria del acreedor que se ve perjudicado por el incumplimiento; y esa satisfacción podría darse con la ejecución de idéntica prestación o con la ejecución de una prestación de diferente especie que resulte equivalente para el acreedor.

Eso sí, en el caso de la fianza, por más que el objeto de la obligación del fiador sea distinto de aquél del deudor, por lo general deberá mantener similar valor que esta última prestación. Lo contrario ocurre como regla en las cláusulas penales compensatorias, cuyo valor generalmente supera al de la obligación principal, dada su función compulsiva.

Pero de todo lo que venimos expresando, nos queda la sensación de que podrían existir determinados supuestos en los que resulte dudoso (en el sentido de duda insoluble, naturalmente) si estamos en presencia de una fianza o de una cláusula penal.

Es pertinente tomar en cuenta lo expresado por Kemelmajer de Carlucci[3488], quien considera importante desentrañar la voluntad de las partes a fin de determinar cuál fue la figura querida. Agrega que deben aplicarse por analogía a estas cláusulas penales, las disposiciones relativas a la fianza, por ser el contrato más afín en todo lo que no fuera incompatible. El problema radica —precisa la profesora citada— en saber qué es lo compatible. A su criterio, son todas aquellas normas que regulan los modos extintivos, las relaciones entre deudor y fiador, con lo que no queda claro si se está refiriendo a la relación interna entre ambos o al funcionamiento de la fianza en sí misma.

Nosotros no estamos convencidos de que en estos supuestos deban ser materia de aplicación analógica las normas de la fianza a la cláusula penal.

Estimamos que en caso de duda insoluble debería entenderse como que se ha constituido una fianza y no una cláusula penal, en la medida en que el Derecho, por lo general, ante la duda insoluble sobre si se trata de una figura u otra, debe optar por aquélla que resulta de mayor frecuencia entre los contratantes; y, sin duda, es mucho más común una fianza que una cláusula penal en donde sea un tercero, y no el deudor, quien deba ejecutar la prestación.

3488 *Ibidem*, p. 323.

Por otra parte, es necesario analizar el supuesto de si un fiador pudiese afianzar únicamente la obligación penal (cláusula penal), dejando al margen la obligación principal. Consideramos que esta situación, si bien lejana en la práctica, sí podría presentarse.

El artículo 1868 del Código Civil peruano prevé el tema en el sentido más amplio posible, cuando expresa que «Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor».

Dado el texto de la norma, y considerando que no cabe distinguir donde la ley no distingue, podemos afirmar que no existe inconveniente en que el fiador se obligue a responder únicamente por el cumplimiento de alguna o de algunas de las obligaciones del deudor principal, en este caso, de la obligación accesoria que se deriva de la cláusula penal[3489].

Por otro lado, también interesa determinar si constituida una fianza que no fuese limitada (es decir, que fuese ilimitada), el fiador responderá o no de la cláusula penal que garantizaba la obligación principal.

Antes de abordar el tema, resulta pertinente recordar lo establecido por el artículo 1878 del Código Civil peruano, precepto que expresa que «La fianza, si no fuere limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago».

Este supuesto es analizado por Lobato de Blas[3490], quien llega a la conclusión de que no cabe incluir la obligación penal, porque la cláusula penal, como medida de garantía de las obligaciones es, desde luego, accesoria a la obligación principal. En este sentido depende necesariamente de ella, pero no puede confundirse con los «accesorios» de la obligación, nomenclatura nacida de la división general de las cosas (principales, accesorias, pertenencias, etcétera). En consecuencia, respecto al problema de la fianza que no fuere limitada (ilimitada), según indica Lobato de Blas[3491], resulta necesario hacer una doble distinción para darle una solución de criterio.

Por nuestra parte, pensamos que no debería distinguirse dentro del texto del artículo 1878 del Código Civil entre los accesorios habitualmente entendidos como tales y la cláusula penal, también entendida como accesoria de la obligación principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3489 Comparten nuestra línea de pensamiento, Ana María Sanz Viola (Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 65) y Jesús María Lobato de Blas (Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 128).

3490 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 128 y 129.

3491 *Ibidem*, pp. 129 y 130.

Además, no hallamos razones de equidad o de justicia para efectuar una interpretación restringida de los alcances de la fianza en torno de la materia que constituye objeto de la obligación principal o afianzada.

Lobato de Blas, dada la notoria complejidad del tema, efectúa un análisis detallado, distinguiendo una serie de factores que conducen a opiniones disímiles.

Así, estudia el supuesto de la pena convencional pactada en el mismo documento que la obligación principal (cláusula penal propiamente dicha). Al respecto, manifiesta que es de presumir que la fianza en virtud de la cual se garantizara la obligación principal abarcaría también a la obligación penal, y ello porque resulta lógico pensar que, conocido el documento en el que se integra la obligación afianzada, se conoce en el mismo acto la existencia de la cláusula penal, por lo que si no hay una expresa exclusión de ésta, como tal entrará dentro del ámbito o extensión de la fianza realizada.

Nosotros estamos de acuerdo con lo expresado por dicho jurista, dadas las razones aducidas cuando sostuvimos que esta figura (la fianza) no debe entenderse en su aplicación a la cláusula penal sin que exista motivo aparente.

Por lo demás, resulta claro que este primer supuesto anotado por Lobato de Blas resultaría el de más frecuente ocurrencia; y es, por cierto, aquél que estaría constituyendo valor entendido en el análisis efectuado por nosotros.

El segundo caso que plantea está constituido por el supuesto de la pena convencional pactada en documento separado.

Considera Lobato de Blas que este supuesto es distinto del anterior y agrega que como la pena convencional fue contraída en documento separado, no puede darse esa presunción de conocimiento simultáneo al de la obligación principal que se afianza, y entonces, por los mismos razonamientos expuestos anteriormente, y a mayor abundamiento, el que la pena convencional no puede incluirse, como se ha dicho, en el término «accesorios», habrá de concluirse excluyendo del ámbito de la fianza realizada a la pena convencional.

Finaliza el autor citado señalando que se dejará siempre a salvo la voluntad de las partes, plasmada en los oportunos documentos, voluntad que, desde luego, puede expresar o desechar tácitamente las presunciones referidas.

Sanz Viola[3492] comparte lo expresado por Lobato de Blas, y anota que en caso de existir un fiador que garantizase la obligación principal, éste puede también serlo de la obligación penal. Expresa que el que la fianza se extienda o no a la obligación penal depende de la voluntad de las partes. Si la cláusula penal se pactó en el mismo acto que la obligación principal, se puede presumir la extensión de la fianza a la obligación penal; sin embargo, si la cláusula penal se pactó

3492 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 65.

en un acto distinto, no se puede presumir su conocimiento por el fiador y consecuentemente no se extiende la fianza a la obligación penal.

Con relación al segundo supuesto planteado por Lobato de Blas, coincidimos en el sentido de que si la penalidad no constase en el mismo documento que ha dado origen a la obligación principal, el fiador probablemente desconocería la existencia y los alcances de la penalidad pactada.

Pero creemos que lo importante aquí, más que el hecho de que la penalidad conste en documento separado, estriba en la consideración de que el fiador no se encuentre en aptitud de conocer la penalidad, habida cuenta de que la misma solución resultaría aplicable a cualquier otra estipulación contractual que generara obligaciones para el deudor y que no hubiese sido puesta en conocimiento del fiador.

8.4. La cláusula penal y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Consideramos importante referirnos al supuesto analizado por Busso[3493], quien manifiesta que el deudor podrá prometer como prestación penal el hecho o la obligación de un tercero que no interviene en la convención. Esta situación se regiría por las disposiciones de los artículos 1470 a 1472[3494] del Código Civil peruano.

Para analizar la materia precisa indicarse que la afirmación de Busso parte de la idea de asignar a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero una función de orden resarcitorio, en la medida en que se le pacte como cláusula penal.

Al respecto, y por tratarse de una cláusula penal común y corriente, no habría problema para prometer como penalidad la obligación o el hecho de un tercero en lugar de una prestación propia del deudor.

El problema estribaría en la circunstancia de que el tercero no cumpliera con aquello prometido por el promitente.

No obstante, aquí se aplicarían todos los conceptos relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, los cuales reseñamos a continuación.

Como expresamos al estudiar el tema fundamental de las obligaciones de medios y resultado, se llega a la conclusión de que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura o mecanismo contractual a través del cual el promitente puede prometer al promisario que un tercero asumirá con respecto

3493 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 466.

3494 El artículo 1470 del Código Civil peruano prescribe que: «Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente».
El artículo 1471 establece que «En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene el carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero».
Y el artículo 1472 del Código Civil peruano preceptúa lo siguiente: «Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de este último cualquier obligación posible y lícita, o que dicho tercero realizará cualquier acto de las mismas características.

Sin embargo, nosotros no coincidimos con las opiniones esbozadas por la doctrina de nuestra tradición jurídica acerca de su naturaleza.

Si bien, por una parte, resulta seductora la posición que sostiene que estamos frente a una obligación de garantía (pues si el tercero no cumple el hecho o no se obliga de acuerdo con lo prometido por el promitente, este último deberá indemnizar al promisario), por otra parte también reviste interés un último planteamiento formulado por Manuel de la Puente, en el sentido de que el promitente, además de lo señalado, asume el deber de actuar con la diligencia ordinaria requerida con el propósito de persuadir a ese tercero a fin de que asuma una obligación ante el promisario o cumpla un hecho en su favor.

Pero los conceptos referidos merecen algunas objeciones de fondo. La primera estriba en que el promitente nunca está prometiendo la realización de una prestación propia, ya sea de dar, de hacer o de no hacer, pues aquello que constituye objeto de la promesa, es decir, objeto de la obligación del promitente es que el tercero haga algo o se obligue a algo (previamente convenido entre promitente y promisario).

Es probable que en un caso de esta naturaleza, el promitente despliegue determinadas actividades a fin de lograr que el tercero realice el hecho o contraiga la obligación. En buena cuenta, podría interesar al promitente ejecutar estas gestiones, si ellas van a conducirlo a obtener un resultado positivo respecto de aquello que ha prometido.

Pero debe quedar en claro que el promitente no está prometiendo que él mismo hará algo, vale decir que no está obligándose a la ejecución de una prestación propia, sino a que se ejecute una prestación ajena. Así, si hiciera algo no es porque ese hacer constituya objeto de su obligación, sino que actuaría por considerarlo conveniente a sus intereses, pues bien podría mantenerse en total inactividad, lo que equivale a decir que no hiciera absolutamente nada y no obstante ello, se produjera el hecho o la obligación del tercero.

Indudablemente la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es una figura que no puede ser explicada dentro de los cánones habituales del Derecho de Obligaciones y Contratos, partiendo de la idea de que en este caso se produce el quebrantamiento de la existencia de la prestación, entendida como la actividad que debe realizar el deudor para pagar, consistente en un dar, un hacer o un no hacer; ello, porque en la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no debe dar, hacer o no hacer absolutamente nada, ya que simplemente ha prometido que se producirá la obligación o el hecho del tercero.

El promitente asume con el promisario un deber jurídico de contenido patrimonial consistente en que el tercero se obligue o realice un hecho determinado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero este deber jurídico de contenido patrimonial, con características atípicas que le permitiría integrar una clasificación más de las obligaciones y deberes, carece de prestación propia, ya que aquí el promitente (deudor), en estricto, no debe realizar absolutamente nada para que la prestación del tercero se cumpla (para que el tercero se obligue o haga algo).

En estos casos estamos en presencia de una obligación sui géneris, pues no tiene prestación propia sino prestación ajena, y el tercero no se encuentra obligado a cumplir con ella.

El segundo elemento que resulta de interés y que respalda el criterio de que el deber jurídico aludido no deja, en rigor, de ser una obligación, es que la figura posee indudablemente el elemento de coerción propio del Derecho de Obligaciones.

En efecto, si la promesa asumida por el promitente, cuando fuere incumplida, no acarrease ninguna consecuencia jurídica, tal promesa de la obligación o del hecho de un tercero no sería algo distinto de un deber moral, pues sería irrelevante que se cumpliera o no lo prometido (en cuanto a las consecuencias jurídicas respecto del deudor promitente). A éste le daría lo mismo si se cumple o incumple el objeto de la promesa, porque en caso de incumplimiento no se vería expuesto a sanción alguna.

Es claro que si alguien promete algo, sin la existencia de una contraprestación que ejecute el promisario a favor del promitente, no habríamos salido del campo de los deberes morales. Todo esto se reduciría a un conjunto de «buenas intenciones» que no merecerían que el Derecho se detenga a analizar y a dar sustento.

Ahora bien, imaginemos un caso similar, pero en el cual el promisario sí asumiese frente al promitente la obligación de pagarle una contraprestación, si es que el tercero ejecutara o se obligara a lo prometido por el promitente.

En este caso, el ejemplo ya se acercaría más a uno con contenido jurídico, pues el compromiso asumido por el promitente, de tener éxito, va a merecer una compensación o retribución por parte del promisario; pero el tema todavía no se encontraría completo, en la medida en que se hubiera pactado que si el tercero no ejecutara el hecho prometido o no se obligara, el promitente no estaría obligado a pagar al promisario. Una situación así sería cuestionable acerca de si pudiese formar parte del Derecho de Obligaciones, en la medida en que el tema carecería del elemento de coerción, ocurriendo, en la práctica, que el promitente deudor podría «dejar de cumplir», perdiendo el derecho a la contraprestación convenida, pero viéndose libre de cualquier deber indemnizatorio frente al promisario.

Sin embargo, hemos empleado expresiones condicionales para referirnos a si este caso formaría parte del Derecho de Obligaciones, en tanto que al no haberse obligado el promitente a la ejecución de una prestación propia, sino a una prestación ajena, dicha prestación, en lo que respecta a las actividades propias del promitente, sería una prestación vacía.

ANTEDILUVIO CASTILLO REYES

Así, visto el tema desde esta perspectiva, no repugnaría al Derecho que el promitente, ante el incumplimiento de su promesa, no tenga deber alguno de indemnizar al promisario.

No obstante, admitimos que una situación como la descrita resultaría altamente discutible. Pero la regulación que el Código peruano ha dado al tema nos releva de tener que plantearnos un supuesto como el que acabamos de anotar, en la medida en que a través del artículo 1470 se establece que el promitente quedará obligado a indemnizar al promisario si es que no se llegara a cumplir lo prometido. Es más, el artículo 1472 establece que incluso podría pactarse de manera anticipada el monto de dicha indemnización.

Resulta discutible, no obstante, que el artículo 1471 establezca que la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero. Ello, porque la expresión «sustitutoria» nos hace recordar la mecánica de las obligaciones facultativas, en donde existe una prestación principal y una accesoria, debiendo el deudor cumplir con la prestación principal, pero teniendo la facultad de sustituirla con la accesoria.

Sin embargo, en la obligación facultativa la sustitución a que hemos aludido no opera de manera subsidiaria, ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, pues si la prestación principal fuese nula o imposible de cumplir, la obligación facultativa se extinguiría, aunque la prestación accesoria fuera válida o posible de cumplir (argumento del artículo 1160 del Código Civil peruano).

En la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el deudor no goza de esa facultad de sustitución en el pago, ya que mientras esté vigente el plazo pactado para que se produzca el cumplimiento de la obligación o el hecho del tercero, el promitente no podría liberarse pagando la «indemnización» sustitutoria.

De lo expuesto podemos concluir en que la prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, no es una prestación que represente una alternativa para el pago.

Nos queda claro que de no cumplirse la obligación o el hecho del tercero, el promitente deudor deberá pagar la indemnización, como una especie de sanción, no precisamente resarcitoria, como veremos más adelante. Pero también resulta claro que si se incumpliera lo prometido y se pagara la indemnización, el promitente deudor habría cumplido, pero no aquello que prometió, pues el tercero ni se obligó ni realizó acto alguno.

El promitente paga la prestación indemnizatoria con carácter subsidiario, ya que el Derecho entiende que si él no tenía, dentro de la esfera de sus posibilidades, la de cumplir por sí mismo con aquello que prometió, si no se produce el hecho o la obligación del tercero, dicha promesa incumplida (por más que haya implicado una prestación ajena) no podría quedar impune. De ahí que se prevea la referida prestación sustitutoria, que, en realidad, como se ha dicho tiene carácter

LEX JURÍDICA EDITORIAL

subsidiario, la misma que sí implica una prestación en sentido estricto, pues puede y debe ser ejecutada por el promitente deudor.

La denominada prestación sustitutoria no tiene carácter indemnizatorio, aunque así la califique el Código Civil, por cuanto entendemos que no está destinada a resarcir daños y perjuicios, sino simplemente a reemplazar la promesa que no se ha podido cumplir.

Por ello, nada tendría de extraño que la denominada prestación sustitutoria de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, consista en bienes distintos al dinero, o, incluso, en prestaciones de diversa naturaleza, ya sean de hacer o de no hacer. Éste es, sin duda, otro rasgo importante que distingue a este tipo de obligaciones de aquéllas de carácter resarcitorio, las que —por regla general y salvo casos de excepción como los de una cláusula penal— siempre consistirán en dinero.

9. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por parte de mandatarios

Para analizar este tema resulta pertinente dividir nuestro estudio en dos áreas: una primera, en la cual abordamos el tratamiento del pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas naturales, y una segunda en la que examinamos el pacto y exigencia de cobro de éstas por mandatarios de personas jurídicas.

9.1. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas naturales

En primer término, precisa indicarse que el artículo 1790 del Código Civil peruano prescribe que «Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante».

Luego, debemos recordar que el Código prevé dos modalidades de mandato: el mandato con representación y el mandato sin representación. El primero de ellos es recogido por el artículo 1806[3495] del propio Código, precepto que establece que el mandato es con representación, cuando el mandatario fuera representante del mandante por haber recibido poder para actuar en su nombre. El mandato sin representación, por su parte, es definido por el artículo 1809[3496] del mismo cuerpo legal, como aquel donde el mandatario —que actúa en nombre propio— adquiere

3495 El artículo 1806 del Código Civil establece lo siguiente: «Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del Título III del Libro II.— En este caso, el mandatario debe actuar en nombre del mandante».

3496 El artículo 1809 del Código Civil prescribe que: «El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los derechos y las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante. No obstante lo expresado, según el artículo 1807[3497] del Código, se presume, en principio, que el mandato es con representación.

Es pertinente para nuestro análisis tomar en cuenta lo previsto por el artículo 1792[3498] del Código Civil, que establece que el mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquéllos que son necesarios para su cumplimiento. Agrega la norma que el mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente.

En este sentido, resulta cuestión dudosa la de resolver si el mandatario que obliga al deudor a quien representa al pago de la obligación principal, requiere o no del otorgamiento de poderes especiales para la constitución de una cláusula penal que garantice el cumplimiento de dicha obligación.

Consideramos que si el mandatario de una persona natural (deudor de la obligación principal) se obligara a una cláusula penal con el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, sin poder expreso para estipular la penalidad, ello excedería de la administración ordinaria y constituiría, más bien, un acto de disposición indebida del patrimonio del mandante. Así, para pactar la cláusula penal, tal mandatario requeriría de poderes especiales y no tan sólo de facultades generales o de aquellas conferidas para contraer la obligación principal.

Nuestro parecer se sustenta en lo establecido por el artículo 155 del Código Civil peruano, en el sentido de que «El poder general sólo comprende los actos de administración.— El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido». A lo expresado agregamos lo previsto por el artículo 156 del referido cuerpo legal: «Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

Por otro lado, respecto a la exigencia o posibilidad de cobro de la cláusula penal por mandatarios de personas naturales (acreedor de la penalidad y, a su vez, mandante), ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, ese mandatario, en el plano extrajudicial, requerirá de facultades especiales para dicha cobranza, ya que ésta excede de la mera administración ordinaria y, además, si interpretamos *contrario sensu* el artículo 1792 del Código Civil, obtendremos como resultado que todos aquellos actos que excedan la administración ordinaria y no se hallen expresamente indicados en el mandato, deberán estar comprendidos en un mandato especial.

EL HOGAR JURÍDICO CASTILLO FREYRE

3497 El artículo 1807 del Código Civil dispone que: «Se presume que el mandato es con representación».

3498 El artículo 1792 del Código Civil establece lo siguiente: «El mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento. El mandato general no comprende los actos que excedan de la administración ordinaria, si no están indicados expresamente».

Asimismo, el mandatario del acreedor de la obligación principal (mandante) podrá exigir judicialmente el cobro de la cláusula penal previamente pactada, ante el incumplimiento del deudor, si tiene facultades especiales. Así lo prescribe el artículo 75 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil[3499].

9.2. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas jurídicas

Respecto de este tema, es preciso preguntarnos qué tipo de facultades necesitará el mandatario de una persona jurídica (mandante y a su vez deudora de la obligación principal) —especialmente en el caso de la sociedad anónima—, a fin de pactar en nombre de esta última una penalidad para el eventual incumplimiento de la obligación principal.

En este sentido, sostenemos que el mandatario requerirá de facultades especiales. Nuestro parecer se desprende del artículo 188[3500] de la Ley General de Sociedades, norma que prescribe que «Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: 1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondiente al objeto social; 2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje [...]».

Lo expresado por el inciso segundo del artículo 188 de la Ley General de Sociedades también debe concordarse con lo prescrito por el artículo 75 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, que ya ha sido citado, y que —como

3499 El artículo 75 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil vigente prescribe lo siguiente:
Artículo 75.- Facultades especiales.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvenciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.
El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

3500 El artículo 188 de la Ley General de Sociedades dispone lo siguiente:
Artículo 188.- Atribuciones del gerente
Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:
1.- Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
2.- Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje;
3.- Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
4.- Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
5.- Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
6.- Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

se recuerda— establece que se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar en juicio todos los actos de disposición de derechos sustantivos. Además, como lo hemos anotado, el mandatario, al pactar una cláusula penal en nombre y por cuenta del mandante, ante el incumplimiento de la obligación asumida por este último, está realizando un acto de disposición patrimonial en representación del mandante.

Por otra parte, corresponde analizar si el mandatario de una persona jurídica requiere o no de facultades especiales para exigir el pago, es decir, para cobrar la cláusula penal, judicial o extrajudicialmente, en nombre y por cuenta de su mandante.

En el plano extrajudicial, el mandatario de una sociedad anónima, o sea, el gerente general, no necesitará de poderes especiales para exigir el pago de la cláusula penal, por tratarse de un acto de administración inherente a su cargo. En este sentido, y como ya lo indicamos, el gerente general de toda sociedad anónima goza de ciertas atribuciones que le confiere la ley en función del cargo que ocupa. Por ello, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, preceptúa que el gerente goza de las facultades especiales previstas en el Código Procesal Civil.

Aquí se comprenden aquellos actos que constituyan el ejercicio de un derecho crediticio (derecho crediticio que pertenece a la sociedad), el cual consistirá en exigir, por cuenta y en interés del mandante, el cobro de la cláusula penal ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor. En buena cuenta, el cobro de una penalidad es el equivalente al reclamo de un crédito del cual es titular la propia sociedad, independientemente de cuál fuese su origen.

Lo mismo ocurre en el plano judicial, en que el gerente general, como mandatario de una sociedad anónima, podría exigir el cobro de la penalidad pactada ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, haciendo uso de las facultades que le concede la ley, que se encuentran contenidas —como ha sido dicho— en el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades y en el artículo 74 del Código Procesal Civil[3501].

A modo de conclusión, para que el mandatario de una persona jurídica cobre (exija el pago) la penalidad en el ámbito judicial a nombre de dicha persona jurídica,

3501 El artículo 74 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil prescribe lo siguiente:
Artículo 74.- Facultades generales
La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.

bastará que haga uso de las facultades generales que le concede el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, de las cuales el gerente general es titular en función del cargo que desempeña.

10. Beneficiarios del pago de la cláusula penal

Cabe ahora plantear el supuesto de si es posible la estipulación de una cláusula penal a favor de un tercero.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3502] considera que normalmente la cláusula penal se establece en favor del acreedor o del titular del deber (cuando accede a simples deberes que no son típicamente obligaciones), pero nada impide que beneficie a un tercero.

Bajo esta misma perspectiva se pronuncian Roca Sastre y Puig Brutau[3503], quienes afirman que si bien la obligación derivada de la pena convencional consistirá comúnmente en una prestación, de la clase que fuere, a favor del acreedor, «nada impide que consista en una prestación a favor de un tercero, por ejemplo de la beneficencia». En igual sentido, Busso[3504] expresa que puede darse el caso en que la prestación penal se prometa en favor de una persona que no interviene en el otorgamiento de la convención.

En relación con el supuesto planteado, es necesario recordar que para Pachioni[3505] es contrato a favor de tercero, en sentido técnico, solamente aquél que realizado válidamente entre dos personas, pretende atribuir un derecho a una tercera que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente, en su tramitación y perfección, y que, no obstante, logra el atribuir efectivamente a esa tercera persona un derecho propiamente suyo; derecho que no puede estimarse como propio del que estipuló tal contrato y cedido luego al tercero, o simplemente ejercido por éste en lugar de aquél.

En esta línea de pensamiento, Roca Sastre[3506] señala que quien figura en el contrato o estipulación a favor de otro es llamado «promitente», que es el obligado a realizar la prestación para el tercero; «promisario o estipulante», que es el que acepta esa promesa; y «tercero o beneficiario», que es quien adquiere el derecho a la prestación del promitente.

3502 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 33.

3503 Roca Sastre, Ramón María y José Puig Brutau. «La cláusula penal en las obligaciones contractuales». En *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: Edersa, 1948, p. 277. Citados por Lobato De Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 130.

3504 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 466.

3505 Pachioni, Giovanni. *Los contratos a favor de tercero*. Introducción. Madrid, 1948, p. XVIII. (Traducción de Osset). Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 130.

3506 Roca Sastre, Ramón María. «Estipulaciones a favor de tercero». En *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: Edersa, 1948, tomo I, 1948, p. 211.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Con estos antecedentes, como bien manifiesta Lobato de Blas[3507], será extraordinariamente frecuente observar cómo cláusulas penales cuya prestación aparentemente consista en una estipulación a favor de tercero, no sean tales. En este sentido, el artículo 1458[3508] del Código Civil peruano preceptúa que «[...] será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible».

Al respecto, Lobato de Blas[3509] añade que la práctica viene demostrando cómo en la mayoría de los casos no existe la referida aceptación del tercero, el cual no adquiere derecho alguno a exigir, al menos de forma directa, el contenido de la estipulación, o esta última se configura en términos dudosos o poco claros; de tal forma que el tercero sólo queda autorizado a recibir la prestación pactada, sin adquirir derecho a ella, ni estar facultado —en consecuencia— para exigirla.

Éste es el caso, como señala Roca Sastre[3510], del *adiectus solutionis gratia* (persona que el acreedor designa para recibir el pago) del Derecho romano, que Enneccerus, Kipp y Wolff[3511] califican de contrato impropio a favor de tercero, y que Von Thur[3512] denomina falsos contratos a favor de terceros o contratos con prestaciones a terceras personas.

Por nuestra parte —y en lo que respecta al Derecho peruano— no encontramos inconveniente teórico o práctico para que se pacte una cláusula penal en favor de tercera persona.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1457 del Código Civil, «Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.— El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato».

Es evidente que aquí podrían presentarse diversas hipótesis. Una primera consistiría en que el contrato, en su integridad, haya sido pactado en favor del tercero. Esto significaría que el tercero resultaría ser el beneficiario, tanto de la prestación principal, como de la prestación accesoria o penalidad. Entendemos que en estos casos, si el tercero hubiese manifestado su aceptación a ser titular de los derechos que han surgido a su favor en virtud del contrato celebrado entre estipulante y promitente, dicho tercero podría exigir tanto la obligación principal como la penalidad pactada, de ser el caso. Ello, en virtud a que el referido

3507 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 131.

3508 El artículo 1458 del Código Civil peruano dispone que: «El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente».

3509 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 131.

3510 Roca Sastre, Ramón María. *Op. cit.*, pp. 211 y 212.

3511 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 172.

3512 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 172.

tercero no estaría sujeto a condicionalidad alguna respecto de la exigibilidad de la obligación principal, así como a la posibilidad de darla por resuelta y, si fuese el caso, exigir el cumplimiento de la respectiva penalidad, a título compensatorio.

Nada obstaría, tampoco, a que el tercero pudiese exigir el cumplimiento de la penalidad con carácter acumulativo, si ella tuviera la condición de moratoria.

Un segundo supuesto, distinto del anterior, sería aquél en el cual el estipulante y el promitente no hubieren pactado la integridad del contrato en favor del tercero, sino que se hubiese contraído la obligación principal en beneficio del estipulante y la cláusula penal en favor del tercero.

En este caso, resulta obvio que no se trataría de un contrato en favor de tercero, sino de una estipulación o cláusula en favor de tercero. En estricto, sería una penalidad convenida en favor de tercero.

Complementa nuestro análisis lo expresado por Kemelmajer de Carlucci[3513], quien afirma que no debe creerse que en todos los casos en que exista una estipulación en favor de un tercero en la convención, se traslada a éste el poder de decisión sobre si debe cumplirse la prestación principal o la accesoria. Este derecho —precisa la profesora argentina— queda reservado, salvo pacto expreso en contrario, en cabeza del acreedor. Por consiguiente, sólo cuando éste opta por la cláusula penal compensatoria se configurará la estipulación a favor del tercero. En cambio, añade, cuando se hubiese pactado una cláusula penal moratoria o cuando la compensatoria fuese acumulativa, el tercero podrá exigir el cumplimiento de la obligación si la hubiese aceptado y hecho saber al obligado antes de ser revocada.

Con criterio similar se pronuncia Llambías[3514], quien sostiene que cuando se pacta el beneficio de la pena a favor de un tercero, éste no adquiere dicho beneficio en el momento del incumplimiento del deudor, sino luego de la opción del acreedor en el sentido de hacer efectiva la pena, pues debe tenerse presente que aquél puede elegir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación, si resulta factible.

Bustamante Alsina[3515] comparte lo expresado por Llambías, al señalar que si se pacta el beneficio de la pena a favor de un tercero, éste adquiere el derecho después de la opción del acreedor por la obligación penal, ya que antes de ello el acreedor podría decidirse por exigir el cumplimiento de la prestación principal si el mismo aún fuese posible.

Precisa tenerse en cuenta el pensamiento de Spota[3516], quien considera que la cláusula tiene un mecanismo propio, sui géneris, por lo que no pueden trasladarse,

3513 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 33 y 34.

3514 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 435.

3515 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 174.

3516 Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, 1975. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 34.

sin más, los principios generales relativos a la estipulación en favor de tercero. Por esta razón, agrega, en la compensatoria simple otorgamos la acción directa al beneficiario sólo después de que el acreedor optó por la pena.

Si sólo se tratase de una penalidad pactada en beneficio de tercero y el contrato en general, es decir, las obligaciones principales que de él emanen, hubiesen sido convenidas en beneficio del estipulante, entonces es cuando se presentaría el verdadero problema de las cláusulas penales y las estipulaciones en favor de tercero.

A nuestro modo de ver, aquí la pregunta central que guiaría el tema es la de saber desde qué momento, o desde cuándo, puede el tercero hacer efectiva a su favor la penalidad.

Dentro de tal orden de ideas, resulta necesario distinguir entre la validez de la cláusula penal en favor de tercero y su eficacia.

Resulta claro que la penalidad habría nacido con el contrato celebrado entre estipulante y promitente; pero recién podría ser eficaz en la medida en que el tercero se encuentre en aptitud de reclamarla.

Ahora bien, ¿qué requisitos se necesitan para que ello ocurra?

Sin olvidar el carácter meramente accesorio de la cláusula penal, recordamos que el único momento en el cual procede referirse a la eficacia de una penalidad es cuando se hubiese incumplido con la ejecución de la obligación principal.

Así, si hablásemos de una cláusula penal compensatoria y la obligación principal se hubiese incumplido, es en este momento cuando el acreedor de dicha obligación deberá optar entre requerir al deudor el cumplimiento de la citada prestación —si ello resultase posible— o exigir el cumplimiento de la penalidad. Si adoptase esta última vía, será evidente que el cumplimiento de la penalidad convenida sólo beneficiará al tercero en cuyo favor se convino la cláusula penal.

En otras palabras, es imprescindible que el acreedor de la obligación principal manifieste su voluntad de querer hacer valer la penalidad, pues en caso contrario podría pensarse que dicho acreedor, en legítimo ejercicio de su derecho, estaría optando por el camino de no reclamar indemnización alguna o de esperarse para exigir en el futuro la ejecución de la prestación incumplida.

En tal sentido, se comprende la necesaria manifestación de voluntad del acreedor de la obligación principal. Esto conduce a que el tercero, beneficiario de la cláusula penal, sólo pueda hacer valer sus derechos de manera subsidiaria y previa «autorización» del acreedor de la obligación principal incumplida.

Luego de habernos referido al caso de la cláusula penal compensatoria, debemos analizar aquélla de naturaleza moratoria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este caso se produce una situación diferente, en la medida en que la compensatoria sustituye a la prestación incumplida, en tanto que la moratoria la complementa, vale decir, que tiene una función acumulativa con la prestación.

Todo ello no sería óbice para que el tercero en cuyo favor se pactó la penalidad moratoria, pudiera exigir al deudor moroso su cumplimiento, sin requerir autorización del acreedor de la obligación principal.

De lo expresado resulta evidente que para las cláusulas penales moratorias se impone una solución jurídica distinta de aquélla que hemos expuesto para el caso de las cláusulas penales compensatorias.

No obstante, conviene precisar que resultan válidas las afirmaciones de Llambías y Bustamante Alsina, en el sentido de que podría haberse pactado que el solo incumplimiento de la obligación principal, por parte del deudor, podría determinar automáticamente el derecho del tercero a reclamar la penalidad, sea ésta compensatoria o moratoria.

Por otra parte, Kemelmajer de Carlucci finaliza manifestando que la doctrina discute si en los casos en que la cláusula penal ha sido estipulada en favor de tercero, ella pierde su función indemnizatoria. La profesora argentina precisa que como el beneficiario no es el acreedor, se afirma que no existe aquí resarcimiento por ser de la esencia de la indemnización que ella sólo puede ser percibida por la persona que experimenta los daños y perjuicios, a menos que haya sido objeto de una cesión. Agrega que, en cambio, para otros tal carácter no se pierde, porque el patrimonio del estipulante puede ser reconocido de manera indirecta, teniendo en consideración los vínculos jurídicos previamente existentes con el tercero beneficiario.

Como fue dicho de manera oportuna, la cláusula penal puede cumplir diversas funciones, entre ellas la indemnizatoria. Sin embargo, también hemos expresado que no es necesario que la cláusula penal, para ser tal, cumpla con todas las funciones que le asigna la doctrina.

No obstante admitir teóricamente que la cláusula penal pueda ser estipulada en favor de un tercero, cabe indicar que una situación como la descrita es extremadamente inusual.

11. La expresión de la voluntad

Concluimos el estudio de los sujetos intervinientes en la cláusula penal, tratando el tema de la expresión de sus voluntades.

Como anota Kemelmajer de Carlucci[3517], tales sujetos deben expresar sus voluntades mediante una manifestación que no requiera términos sacramentales.

3517 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 34 y 35.

Precisa la profesora citada que puede ocurrir que las partes hayan estipulado una cláusula penal denominándola de otra manera; o que bajo la denominación impropia se haya estipulado otro tipo de sanción o medio de garantía. Ello no incide en la solución del conflicto que pudiera plantearse, porque la naturaleza intrínseca de una institución no depende de las expresiones que le hayan dado, acertada o erróneamente, los participantes del negocio jurídico.

Es claro que al no establecer la ley peruana una «fórmula sacramental» para pactar la penalidad, no será necesario el empleo de alguna expresión en particular.

Sin embargo, creemos adecuado que la cláusula penal se indique de manera inequívoca, a fin de no dejar la menor duda de que ella se ha convenido.

Al tratarse de una imposición de carácter gravoso en perjuicio del deudor, no podríamos imaginar su existencia dubitable. No sería posible «deducir» la existencia de una penalidad en perjuicio del deudor. Ella debe apreciarse con claridad de su título constitutivo.

Así, Kemelmajer de Carlucci afirma el carácter estricto de la interpretación de la cláusula penal, según criterio mayoritario, y expresa que la manifestación de voluntad debe ser clara e indubitable, no pudiendo aplicarse sobre la base de deducciones o ser inferida de voluntades presuntas. Agrega que lo expuesto no significa negar la posibilidad de expresión tácita de voluntad, porque ella no es sinónimo de equívoca, pudiéndose derivar de una manifestación tácita una expresión inequívoca.

Por nuestra parte, tal como expresamos en otro acápite de este estudio, consideramos que la cláusula penal necesariamente deberá pactarse de manera expresa, nunca tácita, pues las penalidades no se infieren tácitamente, dados los peligros de inequidad que representaría su admisión cuando su propio origen resultara dudoso o incierto.

Finalmente, la profesora citada se refiere a «expresión de voluntad» y no a «consentimiento», pues admite la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. Por tal razón no encuentra impedimento en sostener que la cláusula penal pueda emanar de actos jurídicos *inter vivos* unilaterales. Nosotros ya analizamos el tema cuando estudiamos la causa-fuente, entendida como uno de los elementos de la cláusula penal.

En esta línea de pensamiento, Lobato de Blas[3518] indica que: «Es la propia finalidad de la cláusula penal la que marca la existencia de la misma en un determinado contrato, y no la constancia de ciertas palabras o expresiones».

3518 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 138-140.

De lo expuesto se desprende, como manifiesta Von Thur[3519], que si para pactar una cláusula penal es necesario, naturalmente, una manifestación de voluntad, no se exige que ésta sea necesariamente expresa, sino que puede resultar implícita e incluso tácita si por la función de lo pactado se descubre una auténtica finalidad penal.

En este sentido consideramos importante recoger el pensamiento de autores como Colmo[3520] y Demogue[3521], quienes comparten esa línea argumentativa. El primero de los profesores citados explica que la cláusula penal, como cualquier otra manifestación de voluntad, puede ser tácita; sin embargo, afirma que esto último no es frecuente ni recomendable, dado que puede ocasionar dificultades. Por su parte, Demogue expresa que «La cláusula penal puede resultar de un conjunto de circunstancias que las partes hayan entendido incluir».

En lógica correspondencia con lo dicho, Lobato de Blas[3522] agrega que la existencia de una cláusula penal no dependerá de la calificación de las partes contratantes, sino de la auténtica función que el pacto entrañe. Así, podrá constituir una cláusula penal el pacto que las partes no califiquen de tal, y no serlo la cláusula que, a pesar de darle los contratantes tal denominación, no entrañe una función penal.

A nuestro entender —compartiendo lo expresado por Lobato de Blas— es la finalidad que cumple la cláusula penal lo que define su existencia en un determinado contrato, y no la constancia de ciertas palabras o expresiones.

Asimismo, importa destacar que la existencia de la cláusula penal no dependerá de la calificación que le otorguen las partes contratantes, sino de la auténtica función que el pacto desempeña.

12. Modalidades de la cláusula penal

La cláusula penal, al igual que cualquier acto jurídico, puede estar sometida a modalidades, como son el plazo, la condición y el cargo.

3519 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 236. Citado en Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 140. Bajo esta perspectiva, el autor alemán expresa que: «La pena convencional puede prometerse también tácitamente, si el deudor se somete a las condiciones de contratación del acreedor y en éstas se establece una pena».
En este sentido —afirma Von Thur—, podría existir aceptación tácita de cláusulas penales en los contratos de adhesión. Asimismo, añade, habrá aceptación tácita cuando el miembro que ingresa a una asociación se somete a estatutos, en los que se establecen penas para sancionar el incumplimiento de los deberes de los asociados; sin perjuicio de que la entidad, en ejercicio de poderes disciplinarios implícitos, pueda instituir ciertas penalidades después de la incorporación de los miembros.

3520 Alfredo Colmo, citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 454.

3521 Demogue, René. *Traité des Obligations en général*. París: Rousseau, 1931, tomo VI, p. 480. Citado en *ibidem*, p. 455.

3522 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 140-142.

En este sentido se pronuncia Bustamante Alsina[3523], quien expresa que la estipulación de la cláusula penal puede sujetarse a todas las modalidades propias de las obligaciones en general: condiciones, plazos y cargos.

Agrega Kemelmajer de Carlucci[3524] que, por ejemplo, no encuentra impedimento en sostener que la falta de cumplimiento de la obligación principal provocará la obligación de entregar determinada suma de dinero, la que deberá hacerse efectiva en el término de un año contado a partir de la interpelación que efectúe el acreedor de la pena, o que esta suma se pagará bajo la condición de que en ese año agrícola el deudor haya tenido cosecha abundante, etcétera.

Lo expuesto —dice Kemelmajer de Carlucci— es de mucha importancia si se lo vincula al profundo problema de la exigibilidad de la cláusula penal. En efecto, si la pena no está sometida a ninguna modalidad, considera que ella se hace exigible desde que se torna en tal la principal, por efecto de la accesoriedad. Señala como ejemplo el que se estipule que la falta de pago de la obligación de entregar el inmueble vendido en el plazo fijado hará pasible al vendedor de una pena consistente en pagar determinada suma de dinero. Vencido el plazo fijado para la principal se torna exigible la cláusula penal, pero tal como se ha dicho, «Ningún impedimento legal existe para que sea la propia cláusula la que esté sometida a una modalidad, en cuyo caso la exigibilidad de la principal no opera la de la cláusula hasta tanto se opere el hecho previsto para habilitar al acreedor a requerir la accesoria».

A nuestro entender, no existe inconveniente para que la cláusula penal pueda estar sujeta a todas las modalidades propias de los actos jurídicos en general, como son el plazo, la condición o el cargo. Por consiguiente, a este tema le son aplicables las normas contenidas en el Título V, Libro Segundo, del Código Civil peruano de 1984.

Sin embargo, resulta conveniente efectuar algunas precisiones al respecto.

La primera radica en distinguir si las modalidades se refieren al contrato en su conjunto, es decir, al acto del cual derivan la cláusula penal y la obligación principal que está destinada a garantizar; o si la modalidad solamente se refiere a la cláusula penal.

En el primer caso resulta evidente que al estar el acto en su conjunto afectado a la modalidad pactada, ello acarrearía como consecuencia que tanto la obligación principal como la pena se encuentren sujetas a la referida modalidad. Así, se haría necesaria la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera tal que habrá que apreciar cómo afectará la modalidad

3523 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 173.

3524 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 56 a 58.

convenida el funcionamiento de la obligación principal, y de allí derivar que en la misma medida afectará a la obligación accesoria o penalidad.

Pero la modalidad o las modalidades de los actos jurídicos pueden estar referidas única y exclusivamente a la cláusula penal y no a la obligación principal, situación que constituye el segundo de los supuestos que hemos anotado.

Sería el caso, describiendo las diferentes situaciones que se pueden presentar, de un contrato cuya obligación principal sea simple y la cláusula penal se encuentre sujeta a condición suspensiva, vale decir, que la cláusula penal sólo se ejecutará si es que acaece un hecho futuro e incierto que se hubiere convenido como condición.

En estos casos, además de producirse el incumplimiento de la obligación principal, resultará imprescindible que se produzca el hecho condicionante, para que con el concurso de estos dos elementos el acreedor pueda exigir y el deudor deba cumplir con la pena condicional.

Por otra parte, resulta discutible en el plano teórico y práctico, la posibilidad de que se pacte una cláusula penal sujeta a condición resolutoria, en la medida en que la cláusula penal sólo resultará exigible a partir del incumplimiento de la obligación principal.

El único supuesto que podríamos imaginar como aplicable a una situación de esta naturaleza consistiría en que se pacte que una vez producido el incumplimiento el acreedor pueda, inmediatamente, exigir tal ejecución de la penalidad pactada; pero que la ejecución sólo la pueda reclamar hasta el momento en el que se produzca el hecho pactado como condición resolutoria, instante desde el cual el acreedor se vería imposibilitado de exigir el cumplimiento de la cláusula penal. Esto resultaría aplicable tanto si la penalidad pactada consistiera en la ejecución de un hecho instantáneo (vale decir, aquél cuyo cumplimiento se agota en un solo momento) o si la penalidad consistiera en un hecho de ejecución continuada.

Es evidente, además, que en el Derecho peruano también podemos referirnos al plazo como modalidad de la cláusula penal. Aquí aludimos tanto al plazo suspensivo como al plazo resolutorio.

Si se tratase de un plazo suspensivo, significaría que la cláusula penal sólo podría ser exigida por el acreedor al ocurrir, en adición al incumplimiento del deudor, el vencimiento de dicho plazo. Es decir, en otras palabras, no bastaría con el incumplimiento de la obligación principal para que el acreedor pudiera exigir la penalidad pactada. Sería necesario, además, el vencimiento del plazo suspensivo al cual estaba sujeta dicha penalidad.

En cuanto a la cláusula penal con plazo resolutorio, ella también resultaría factible de convenirse, su tratamiento sería similar al de la cláusula penal sujeta a condición resolutoria. Significa que el acreedor de la obligación incumplida podría exigir la ejecución de la penalidad pactada, en tanto y en cuanto todavía no hubiere vencido el término final pactado con relación a ella. En caso contrario

ISABEL MARÍA CASTILLO ARROYO

la penalidad no resultaría exigible y, por lo tanto, los efectos prácticos de una situación de esta naturaleza serían semejantes a los de una obligación principal no garantizada con cláusula penal.

Finalmente, el cargo o modo también resultaría factible de presentarse en materia de cláusula penal.

Sin embargo, debe advertirse que esta modalidad de los actos jurídicos no se prevé para ser ejecutada por el deudor de la obligación principal, sino por el acreedor.

Es más, puede citarse nuevamente como típico ejemplo de un cargo o modo aquél en el que se celebra un contrato de donación en virtud del cual el donante se obliga a transferir al donatario la propiedad de un bien inmueble, asumiendo el donatario el cargo de colocar todos los domingos flores en la tumba de los padres del donante.

Es evidente que el cargo consiste en una prestación, pero su ejecución no resulta lo suficientemente apreciable para el Derecho (en términos de importancia patrimonial y jurídica), como para considerarla una contraprestación.

Así, resulta claro que una donación con cargo es, como cualquier otra donación que no lo tuviere, un contrato de prestación unilateral, no siendo clasificado por la doctrina como un contrato con prestaciones recíprocas.

Entonces, retomando el tema del cargo en torno de las obligaciones con cláusula penal, éste no podría consistir en un deber asumido por el propio deudor de la cláusula penal, sino en un deber del acreedor.

Y esta afirmación obedece a que si el cargo tuviese que ser ejecutado por el propio deudor de la cláusula penal (es decir, por el deudor de la obligación incumplida), no se trataría verdaderamente de un cargo, sino de parte de dicha penalidad.

13. Características de la cláusula penal

Entre las principales características de esta figura tenemos a las siguientes.

13.1. Es una convención accesoria

Esta característica será estudiada en detalle cuando analicemos el contenido del artículo 1345 del Código Civil.

13.2. Es una convención condicional

Un sector importante de la doctrina entiende que la obligación de la cláusula penal es condicional, en el sentido de que su eficacia está subordinada al hecho futuro e incierto de que no se cumpla o se cumpla en forma parcial, defectuosa o tardía, la obligación principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Compartiendo ese criterio, Bustamante Alsina[3525] expresa que la obligación de la cláusula penal está sometida a la condición suspensiva de carácter negativo de que la obligación principal no se cumpla por el deudor. De allí que puede decirse que la condición es potestativa del deudor, porque la inejecución le debe ser imputable por su culpa o dolo, pero aún es necesario que se cumpla otra condición, que depende de la voluntad del acreedor, esto es, que opte por la cláusula penal si aún es posible el cumplimiento específico. Si no lo fuera, sólo podría reclamar esta última.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3526] añade algunas precisiones con relación a este tema, al señalar que lo condicional está en la eficacia de la cláusula penal y no en la obligación a que ella accede, la cual será o no condicional, según tenga o no elementos accidentales. Es decir, si la obligación principal es pura y simple, seguirá siéndolo aunque a ella acceda una cláusula penal. Este carácter condicional no supone identificar las obligaciones con cláusula penal y las condicionales.

Coincidiendo con lo argumentado por la citada profesora, sus compatriotas Cazeaux y Trigo Represas[3527] anotan que la obligación principal no debe considerarse condicional porque contenga una pena convencional, sino que será o no condicional según que contenga o no condiciones.

Díez-Picazo[3528], por su parte, aclara que no se trata de una condición *strictu sensu,* sino de una *conditio iuris* de aplicabilidad de la *pena,* ya que ésta sólo será exigible cuando se haya verificado un evento futuro e incierto al que está subordinada, cual es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal, y tales hechos no constituyen una condición en sentido técnico.

Por nuestra parte, recordamos el artículo 1341 del Código Civil peruano, del cual (sólo aparentemente) se desprendería el carácter condicional de la obligación penal, cuando prescribe que el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

Así, la cláusula penal sólo sería exigible luego de que se haya verificado la condición a que estaría subordinada, que sería, a saber: cuando haya dejado de cumplirse la obligación principal o se haya cumplido en forma parcial, tardía o defectuosa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3525 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 167.

3526 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 85.

3527 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, p. 243.

3528 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.,* p. 575. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 104.

Pero ello no es así. En efecto, si analizamos en detalle la estructura de la cláusula penal con respecto a la obligación principal que garantiza, podemos observar que ella no tiene carácter condicional.

Esta afirmación obedece a que la condición es el hecho futuro e incierto cuya ocurrencia no depende de la voluntad de las partes contratantes.

Si considerásemos a la obligación garantizada con cláusula penal como una obligación necesariamente condicional, estaríamos afirmando, en otras palabras, que la cláusula penal se va a derivar del hecho futuro e incierto consistente en que el deudor cumpla con su obligación; en otras palabras, que la ejecute.

Pero ello sería inexacto debido a que el cumplimiento de una obligación no es, por sí mismo, condicional, ya que depende exclusivamente de la ejecución de la prestación asumida por el deudor y no de terceros, salvo el supuesto excepcional de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, contemplado por los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil.

Cabe pensar, sin duda, en el caso excepcional de una obligación principal que se encuentre sujeta a condición suspensiva. Aquí no cabría duda de que la cláusula penal, por ser accesoria de la obligación principal, también tendría carácter condicional.

Sin embargo, en los demás casos, si se siguiera el mismo razonamiento, llegaríamos al absurdo de considerar que toda obligación principal es de carácter condicional, por el solo hecho de desconocerse si ella llegará o no a ser cumplida por el deudor.

Pero, como podrá apreciar el lector, tal situación no resultaría coherente, pues nos conduciría de manera inexorable a sostener que se trataría de una condición potestativa suspensiva que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 172 del Código Civil, haría nulo al acto jurídico que la contuviese.

Dentro de tal orden de ideas, descartado el carácter condicional de la obligación principal (por lo menos, para la inmensa mayoría de casos), resulta claro que aquélla que contuviese una cláusula penal no tendría carácter condicional.

Ello nos conduce a afirmar que las obligaciones con cláusula penal tienen naturaleza sui géneris y no pueden ser asimiladas a otras figuras jurídicas.

13.3. Es una convención de carácter preventivo

La cláusula penal presenta como uno de sus caracteres el de ser preventiva.

En este sentido, Pedro León[3529] ha afirmado esta característica teniendo en cuenta que ella se pacta porque los sujetos intervinientes prevén de antemano la

3529 Pedro León, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 86.

posibilidad del eventual incumplimiento. Sin embargo, el autor estima que este carácter no es exclusivo de la cláusula penal, sino que aparece en todas las convenciones accesorias asegurativas, como pueden ser las fianzas, las hipotecas, etcétera.

En lo que respecta al Derecho nacional, es importante señalar que del texto del artículo 1341 del Código Civil se puede inferir el carácter preventivo de la cláusula penal. Nuestra ley civil entiende que la pena convencional se estipula cuando los sujetos contratantes prevén por anticipado la posibilidad de incumplimiento.

De acuerdo con lo que hemos expresado en esta obra, podemos señalar que el carácter preventivo debe asumirse en su sentido más amplio, vale decir, como una fórmula destinada a prevenir la existencia o la eventual existencia de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes contratantes.

Por lo demás, el carácter preventivo de la cláusula penal debe entenderse conjuntamente con las funciones que ella cumple dentro del Derecho y que fueron estudiadas oportunamente.

13.4. Es una convención de carácter subsidiario

Uno de las caracteres de la cláusula penal es el de ser subsidiaria. En esta línea de pensamiento, Llambías[3530] manifiesta que la pena convencional es subsidiaria «[...] en cuanto su importe entre en sustitución de la prestación principal, no pudiéndose acumular a ella, a menos que la pena se haya pactado en función del mero retardo en la inejecución».

Coincidiendo con Llambías, Bustamante Alsina[3531] afirma que la cláusula penal compensatoria tiene el mismo carácter subsidiario que se le ha reconocido a la indemnización de daños e intereses. De allí, que no sea acumulable a la prestación principal en sustitución de la cual puede el acreedor reclamarla a su arbitrio.

Con tesis similar, Cazeaux y Trigo Represas[3532] sostienen que en las obligaciones con cláusula penal lo que se debe principalmente es la prestación de la obligación, de tal manera que el deudor no puede pretender liberarse del cumplimiento pagando la cláusula penal. En cuanto al acreedor, consideran que antes de la inejecución de la obligación no puede pretender que se le pague la cláusula penal en vez de la prestación, pero después de ocurrido el incumplimiento, entonces sí queda a su arbitrio optar entre pedir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la penalidad estipulada. La pena, concluyen, figura en el contrato como un sustituto de la prestación principal en caso de inejecución y en ello reside su carácter subsidiario.

3530 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 426.
3531 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 167.
3532 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, p. 242.

Kemelmajer de Carlucci[3533], afirmando el carácter subsidiario de la cláusula penal, señala que «El objeto del contrato es siempre la obligación principal, entrando la cláusula penal sólo en su lugar por el incumplimiento imputable y a opción del acreedor».

Por otro lado, algunos autores como Pedro León[3534] y Héctor Lafaille[3535] discrepan de la noción de subsidiariedad adoptada y expresan que la pena convencional tiene tal carácter porque funciona cuando «ya no se tiene acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal».

En nuestra opinión, la subsidiariedad de la cláusula penal debe entenderse como un aspecto distinto de su accesoriedad. La cláusula penal es accesoria de la obligación principal en tanto no puede existir sin esta última; y es subsidiaria de dicha obligación porque no puede intentar exigirse su cumplimiento sin que se haya incumplido la obligación principal.

Sin embargo, precisa anotarse que el carácter de subsidiariedad termina allí y que no debe vincularse el incumplimiento de la obligación principal con la posibilidad de que el acreedor perjudicado exija el cumplimiento en especie o, alternativamente, el cumplimiento de la cláusula penal.

Tampoco debe apreciarse la subsidiariedad desde la óptica del derecho del acreedor a exigir la penalidad si ya no fuese posible el cumplimiento en especie de la obligación principal.

El carácter de subsidiariedad tampoco debe analizarse en función a si se trata de una cláusula penal compensatoria o moratoria, ingresando a estudiar si ella pueda acumularse o no al cumplimiento de la obligación principal. Esto es ajeno al carácter subsidiario de la penalidad.

Insistimos en que la cláusula penal es subsidiaria única y exclusivamente porque ella sólo adquiere vigencia cuando se ha producido el incumplimiento de la prestación principal.

13.5. Es una convención de carácter aleatorio

Resulta importante preguntarnos si la cláusula penal tiene o no carácter aleatorio.

Antes de dar respuesta a esta interrogante, consideramos necesario definir lo que se entiende por contrato aleatorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3533 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 86.
3534 Pedro León, citado en *idem*.
3535 Héctor Lafaille, citado en *idem*.

Autores como Spota[3536] sostienen que el contrato aleatorio es aquél en el cual una de las prestaciones es cierta para una de las partes e incierta para las otras.

Otros tratadistas, como Messineo[3537], expresan que un contrato tiene el carácter de aleatorio «[...] cuando la entidad de la ventaja, no puede ser conocida y apreciada en el acto de formación del contrato, sino que se revelará a continuación, según el curso de los acontecimientos».

Agrega Messineo que en los contratos conmutativos, por el contrario, las partes pueden conocer, al momento de su perfeccionamiento, las ventajas y sacrificios que el negocio reportará.

Nos adherimos a esta posición y desde dicha perspectiva bien puede considerarse el carácter aleatorio de la cláusula penal, en razón de que los daños a producirse pueden ser superiores, inferiores o incluso inexistentes, no obstante lo cual la cláusula se debe tal y como fue pactada. Sin embargo, más adelante efectuaremos algunas aclaraciones respecto a esta afirmación.

En esta línea de pensamiento, Busso[3538] expresa que el carácter aleatorio de la cláusula penal se funda en que no obstante constituir ésta la valuación anticipada de los daños y perjuicios, se debe aunque no existan daños. También para el acreedor sería aleatoria, pues pudiendo ser los perjuicios reales mayores a los pactados, sólo podrá reclamar la pena.

Busso añade que no puede aducirse que exista un pago sin causa cuando la pena se paga no obstante la inexistencia de daños, porque en los contratos aleatorios la causa no depende del efectivo intercambio de valores equivalentes. Dentro de tal orden de ideas, afirma que el acreedor que pacta por anticipado una indemnización fija, corre el riesgo de sufrir una pérdida (si aquélla resulta insuficiente) a cambio de la posibilidad de obtener una ganancia, si resulta excesiva. Lo mismo ocurre al deudor. Existen, pues, posibilidades parejas que se sirven de contrapeso recíproco.

Por nuestra parte, y tal como lo indicamos en su oportunidad, consideramos necesario realizar ciertas precisiones respecto al carácter aleatorio de la cláusula penal; ello, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Código Civil peruano. En este sentido, entendemos que el carácter aleatorio es relativo, porque el artículo 1346 del Código permite reducir la pena cuando ésta sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3536 Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil.* Buenos Aires: Depalma, 1984, tomo I, p. 162.
3537 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato. Op. cit.*, tomo I, p. 423.
3538 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, p. 484.

Además, esta característica no impide invocar la teoría de la imprevisión, como lo establecen los artículos 1440[3539] y 1441[3540] del Código Civil. En efecto, el artículo 1441 señala que las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

Como anota Kemelmajer de Carlucci[3541], «En la cláusula penal, el álea consiste en la existencia o no del daño, en su mayor o menor extensión. Así lo ha marcado la moderna doctrina[3542], la cual señala que la noción del álea —como concepto jurídico— debe diferenciarse de las oscilaciones económicas, que son extrínsecas a cada contrato».

Dentro de tal orden de ideas, dicha jurista precisa que si el desfase económico ha superado cualquier cálculo previsible, entiende que se trata de una cuestión ajena al álea normal de la cláusula y, por ende, será admisible la invocación de la teoría de la imprevisión. No es válido sostener, añade, que no están en juego los principios de justicia conmutativa, porque no se trata de recomponer prestaciones, sino de la determinación de indemnizaciones oportunamente tarifadas. Asimismo, afirma que cuando la cláusula penal se ha tornado irrisoria, en la mayoría de los casos deja a la obligación principal sin causa.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci adopta como ejemplo el de una pena compensatoria que accede a un contrato principal conmutativo. Si el acreedor de la cláusula penal ya entregó la prestación a su cargo, se pregunta ¿cómo puede válidamente sostenerse que no están en juego los principios de justicia conmutativa, si por efecto de la cláusula penal el acreedor nada —prácticamente— recibirá como contraprestación? Opina, por ello, que en este caso no se debería decir que el acreedor puede optar por el cumplimiento de la obligación principal, pues como ya se ha expuesto, en muchas ocasiones ello es imposible (o por desaparición del objeto, o porque se trata de obligaciones de hacer no fungibles, etcétera).

LIBRERIA MARIO CASTILLO FREYRE

3539 El artículo 1440 del Código Civil peruano dispone lo siguiente:
«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 la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

3540 El artículo 1441 del Código Civil prescribe lo siguiente:
«Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
2. A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato».

3541 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 159.

3542 Jorge Mosset Iturraspe, citado en *idem*.

Si el contrato del cual emana la cláusula penal tiene carácter conmutativo, se entiende la aleatoriedad de la cláusula penal en cuanto al desconocimiento del monto indemnizatorio que al final terminará pagando el deudor que incumple al acreedor perjudicado.

Pero, más allá del sistema acogido por el Código Civil, a través del cual se aprecia que con base en lo dispuesto por el artículo 1346 el acreedor puede terminar indemnizado por un monto absolutamente distinto del pactado, la penalidad en sí misma debería tener por vocación no ser aleatoria sino conmutativa, en la medida en que ambas partes, al momento de celebrar el contrato, serían conscientes de los sacrificios que tendrían que ejecutar una con respecto de la otra.

Sin embargo, en la legislación peruana necesariamente debemos concluir en el carácter aleatorio de la cláusula penal, ya que el artículo 1346 del Código Civil responde a criterios ajenos a los de inmutabilidad de la pena.

14. Criterios clasificatorios de la cláusula penal

Resulta necesario estudiar cada uno de los criterios clasificatorios de la cláusula penal que recoge la doctrina. En este sentido, la pena convencional puede clasificarse atendiendo a su origen, a su inclusión o no en el negocio principal, y a su función.

14.1. Por su origen: legal, convencional o unilateral

Bajo este criterio, las cláusulas penales se clasifican en legales y convencionales. Dentro de estos conceptos, Lobato de Blas[3543] sostiene que efectivamente, aun cuando pueda parecer sorprendente que una institución que lleva el calificativo de convencional tenga este origen, no cabe duda de que las penas convencionales pueden nacer a la vida jurídica por ministerio de la ley. Desde luego que la ley no entrará a precisar de forma absoluta el contenido de la cláusula penal, pero sí podría imponerla e incluso tasar, por máximo o mínimo, su cuantía.

Precisa señalarse, sin embargo, que usualmente el origen de la figura en estudio es puramente convencional.

Finalmente, hemos adicionado como criterio de origen el que las penalidades puedan ser unilaterales, como podría ser el caso de una impuesta por testamento u otro acto de similar naturaleza[3544].

3543 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 119.

3544 Texto correspondiente a la tercera edición.

14.2. Por su inclusión o no en el negocio principal

Como se indicó de manera oportuna, si bien lo frecuente será que la cláusula penal se integre en una cláusula del documento en el que se contrae la obligación principal que garantiza (de ahí su nombre), nada se opone a que pueda ser pactada en documento separado, después de contraída la obligación principal, y siempre antes, desde luego, de su eventual cumplimiento o incumplimiento.

14.2.1. La cláusula penal como cláusula del negocio principal

Como señala Díez-Picazo[3545], en este supuesto la pena convencional se establece por medio de una disposición negocial que se incorpora al negocio constitutivo de la relación obligatoria. Es una cláusula del negocio de constitución de la relación obligatoria, por lo cual es conocida usualmente con el nombre de cláusula penal.

Insistimos en que es éste el supuesto usual de la pena convencional, y donde se percibe con mayor claridad su carácter accesorio respecto a la obligación principal que garantiza.

14.2.2. La cláusula penal como negocio jurídico separado

En determinados casos, la pena convencional no se integra mediante una cláusula del negocio principal que garantiza, sino en documento aparte, es decir, que ella se crea por medio de un negocio jurídico separado.

Según Lobato de Blas[3546], la posibilidad señalada es indiscutible, pues pactándose la pena antes del cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal, bien sea antes o después de la celebración de ésta, la naturaleza y función de la figura en examen no sufren alteración ni modificación alguna, conservando su auténtico y verdadero sentido.

Así, la circunstancia de que la pena convencional se pacte en documento separado, distinto del que contiene la obligación principal, no resiente el carácter de accesoria que la liga a ésta, siendo en consecuencia aplicables las mismas consideraciones que en el caso usual de que se integre como cláusula penal del documento que encierra la obligación principal. Efectuamos esta afirmación, sin embargo, con las reservas que en su oportunidad expusimos respecto al pacto de una cláusula penal concertada con anterioridad a la obligación principal, por lo que expresamos nuestro desacuerdo con uno de los conceptos antes vertidos por Lobato de Blas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3545 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.*, volumen I, p. 573.
3546 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 121.

14.3. Por su función

14.3.1. Cláusula penal pura

14.3.2. Cláusula penal no pura

Afirma Manresa y Navarro[3547] que teniendo la pena siempre el mismo fundamento para ser exigida, el incumplimiento de la obligación principal, puede tener dos aspectos y fines distintos: ya limitada su condición estricta de pura, que castiga la infracción cometida, ya como medio de reparar los perjuicios que ésta supone. En el primer caso, la pena no resuelve el problema de la indemnización, que deja intacto; en el segundo, por regla general lo soluciona, significando entonces un cálculo aventurado, pero legítimo, dada la libertad que la ley concede a los contratantes, de los perjuicios que el incumplimiento de la obligación supondrá, y aun de éxito que supone para toda demanda de daños y perjuicios la actitud de los tribunales.

Es importante, asimismo, resaltar lo expresado por Trimarchi[3548], quien en este sentido sostiene que la función de castigo en la cláusula penal es insuprimible: tal función o carácter existe tanto cuando las partes (o más exactamente el acreedor) quieren obtener el cumplimiento de la obligación principal y exigen, si no lo obtienen, una sanción de castigo, como cuando éstas predeterminan o consideran el eventual pago del daño.

De lo expuesto, concluye precisando que es necesario distinguir una cláusula penal pura de una cláusula penal no pura; es decir, una cláusula pactada exclusivamente con finalidad de pena y otra pactada también con finalidad de pago de daños. El título en los dos casos es formalmente distinto: mientras en el primero la prestación convenida es puramente penal, en el segundo es penal, y además límite del resarcimiento. Con todo, no se pierde por esto la unidad o unicidad de la figura en estudio. Aun en la hipótesis de cláusula penal, en la que es valorado o considerado el aspecto relativo al resarcimiento del daño, permanece la función penal: la relación impuesta por la voluntad de las partes entre el incumplimiento o el retraso (es decir, la violación del deber jurídico) y el efecto típico, consiste en un perjuicio para el trasgresor de la regla de la conducta.

Desde nuestro punto de vista, la distinción entre la cláusula penal denominada pura, es decir, aquélla que se pacta con función de castigo, y la cláusula penal denominada no pura, entendida como aquélla que tiene función de reparación, si

3547 Manresa y Navarro, José María *Comentarios al Código Civil español*. 6.ª edición. Madrid: Reus, 1967, tomo VIII, volumen I, pp. 480 y 481.

3548 Trimarchi, Michele. *Op. cit.*, pp. 11 y ss.

EDUARDO PAIO CANALLO YPARRE

bien puede resultar teóricamente correcta, no se aprecia con esa nitidez en el plano práctico, por cuanto la cláusula penal cumple diversas funciones, entre ellas, la función punitiva y la función de reparación o indemnizatoria.

Esto equivale a decir que la cláusula penal, ya sea que se haya pactado pura o no pura, cumplirá funciones complementarias y no excluyentes.

En tal sentido, no resulta lógico plantear la existencia de una cláusula penal que sólo cumpla una de estas dos funciones, pues el castigo implica indemnizar, independientemente de si el monto indemnizatorio excede o no la cuantía real de los daños y perjuicios sufridos.

Y, a su vez, la reparación de los daños y perjuicios, por lo general, implicará un castigo, ya que resulta difícil imaginar el pacto de una cláusula penal cuyo monto sea lo suficientemente reducido como para considerar que su pago no implica sanción para el deudor que incumple.

El castigo y la reparación son, entonces, dos caras de una misma moneda o, si cabe la expresión, dos aspectos de un problema mayor, en la medida en que las funciones de la cláusula penal exceden, como lo vimos oportunamente, las dos analizadas.

Por otra parte, también dentro del criterio clasificatorio basado en su función, es preciso indicar que un importante sector de la doctrina distingue a la cláusula penal en acumulativa y sustitutiva, subdividiéndose ésta, a su vez, en compensatoria y moratoria.

Así, Díez-Picazo[3549], entre otros autores, expresa que será preciso indagar la voluntad de las partes en cada caso, de acuerdo con la finalidad del negocio y de los usos, para decidir el alcance que la estipulación posee, puesto que las partes pueden dar a la pena una función más amplia o más estricta. En la duda, sin embargo, la pena actúa en función de previa liquidación del daño.

Siguiendo esta línea de análisis, Albaladejo[3550] explica que en cada caso la pena tiene el papel que verdaderamente le corresponde, según sus circunstancias particulares, y lo que ocurre es que como las partes fijan una pena en la que ya va comprendida la cantidad en que calculan la eventual indemnización de daños y perjuicios, la ley entiende que aquélla sólo puede ser exigida, además de ésta, cuando de lo pactado se deduzca que ha sido establecida independientemente de la misma.

A continuación examinaremos cada uno de estos tipos de pena convencional.

3549 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.*, volumen I, p. 574.
3550 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 186.

14.3.3. Cláusula penal acumulativa

Espín Cánovas[3551] señala que la pena acumulativa es: «[...] aquélla que es debida en el caso de incumplimiento o mero retardo, además de la reparación ordinaria».

Más extensamente, Albaladejo[3552] considera que, en principio, la cláusula penal desempeña una función coercitiva o de garantía respecto al cumplimiento de la obligación principal (en cuanto que, ante la amenaza de la pena, el deudor está más constreñido a éste que en la obligación ordinaria), y una función punitiva en caso de que se incumpla o no se cumpla exactamente. Cuando desempeña estas funciones la pena es exigible además de la indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento produzca, es decir, es un plus sobre ésta, pues sólo siendo así se consigue respecto al caso de una obligación normal un reforzamiento para el cumplimiento y un castigo especial en defecto de éste. Se califica entonces la pena de acumulativa.

En nuestra opinión debe entenderse por pena acumulativa aquélla destinada a sancionar el incumplimiento de la obligación por el deudor, para que dicha pena pueda acumularse al eventual reclamo de la ejecución de la propia prestación incumplida. Nos referimos, concretamente, a la cláusula penal moratoria.

Consideramos que se percibe con claridad que la función acumulativa de la cláusula penal nunca podría presentarse si se entendiese acumulativa de la indemnización compensatoria de daños y perjuicios que eventualmente tuviera que pagar el deudor al acreedor.

Sería ilógico pensar que la cláusula penal esté destinada sólo a sancionar, dejándose abierta la posibilidad de que el acreedor cobre, además de la penalidad pactada, la indemnización de daños y perjuicios.

Es impropio, por ello, pensar en una pena acumulativa de la indemnización, o en una pena acumulativa de la propia prestación incumplida, que no tenga carácter compensatorio.

14.3.4. Cláusula penal sustitutiva

Indica Espín Cánovas[3553] que en la cláusula penal sustitutiva «[...] es la pena la que es debida, en caso de incumplimiento, en sustitución de la reparación ordinaria».

En esta línea de pensamiento, Albaladejo[3554] considera que la cláusula penal puede desempeñar, además, una función liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios que dicho incumplimiento o cumplimiento inexacto ocasione, ya que

3551 Diego Espín Cánovas, citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 124.
3552 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 185.
3553 Diego Espín Cánovas, citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 125.
3554 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 185.

la cantidad fijada como pena puede ser aquélla en que por anticipado se evalúe. Cosa que tiene la ventaja de que, entonces, no es preciso probar ni la existencia del mencionado daño ni su cuantía. Mas en teoría, no supone una mayor garantía para el acreedor ni una agravación especial de la condición del deudor que no cumple exactamente. Se califica entonces a la pena de sustitutiva.

Dentro de este criterio clasificatorio se entiende que la cláusula penal es sustitutiva cuando tiene por finalidad sustituir la indemnización derivada del incumplimiento de la prestación a que se ha obligado el deudor.

Sin embargo, no llegamos a entender los verdaderos alcances de subdividir a esta penalidad, en la medida en que la cláusula penal compensatoria siempre va a tener finalidad sustitutiva; y, por otra parte, si lo vemos desde otra óptica, no se trata de que la cláusula penal sustituya a la indemnización de daños y perjuicios, sino que más bien la representa.

En otras palabras, no nos encontramos en la disyuntiva de pagar indemnización o de pagar penalidad, ya que la penalidad constituye la indemnización, con prescindencia del monto real de tal indemnización.

14.3.5. Cláusula penal compensatoria

14.3.6. Cláusula penal moratoria

Parte considerable de la doctrina distingue las subespecies de compensatoria y moratoria, que procedemos a explicar.

Lafaille[3555] sostiene que las cláusulas penales se dividen en dos clases, según se refieran al incumplimiento o a la mora. Asimismo, expresa que esta división reviste importancia por los efectos prácticos que derivan de una y otra subespecie. Dicho autor añade que la pena compensatoria es aquélla derivada de la inejecución de la obligación, la que en principio se sustituye a los daños y perjuicios, pero no se podrá exigir el cumplimiento y la pena, porque ello significaría cobrar dos veces; salvo que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.

En cambio, agrega, «En la mora se puede exigir el cumplimiento de la obligación y el pago de la cláusula penal, porque se entiende que ésta viene a indemnizar el perjuicio causado por la mora».

De acuerdo con estos conceptos, Espín Cánovas[3556] manifiesta que la pena sustitutiva compensatoria «[...] es la que sustituye a la indemnización ordinaria cuando ésta proviene del incumplimiento de la obligación principal», y que la

3555 Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 140.
3556 Diego Espín Cánovas, citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 126.

pena sustitutiva moratoria «es la pena que sustituye a la indemnización ordinaria cuando ésta proviene del mero retardo en el cumplimiento».

Conviene destacar, asimismo, la siempre ilustrada opinión de Kemelmajer de Carlucci[3557], quien al respecto distingue la cláusula penal en compensatoria y moratoria, señalando que la primera es aquélla que prevé el incumplimiento, en tanto que la segunda contempla el cumplimiento tardío.

Esta posición, basada en la admisión del predominio de la función indemnizatoria es, a su juicio, estrecha e incompleta. La cláusula penal no sólo puede prever estas dos situaciones, sino que, además de esta alternativa, puede ser pactada para los casos de cumplimiento defectuoso, parcial, fuera del lugar convenido, de distinta manera, etcétera. Por eso, si bien admitimos la clasificación tradicional en moratorias y compensatorias, aclaramos que deben contemplarse dentro de las primeras todas aquellas estipulaciones que prevén cumplimientos producidos de manera diferente de lo pactado. En consecuencia, la categoría de cláusulas penales moratorias incluye la ejecución tardía, irregular, parcial, defectuosa, o fuera de lugar.

Para reforzar su argumento, Kemelmajer de Carlucci recoge lo expresado por Moisset de Espanés[3558], quien considera que cumplimiento, en sentido estricto es sólo aquél que se produce del modo debido (en cuanto al tiempo, lugar y modo). Por tanto, cualquier alteración en la forma de cumplimiento sería, genéricamente, incumplimiento. Pero esta palabra tiene en el lenguaje jurídico corriente, una acepción más limitada, reservándose para aquellas hipótesis en las cuales la prestación debida no se realizó. Entre el cumplimiento perfecto y el incumplimiento (total) nos encontramos con una serie de matices entre los cuales ubicamos el cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de lugar, etcétera. Estas formas incompletas, tan poco estudiadas por la doctrina nacional, han sido resueltas por la jurisprudencia por razones prácticas, aplicando análogamente el régimen jurídico de la mora.

Por nuestra parte, disentimos de la opinión de Kemelmajer de Carlucci cuando efectúa la distinción entre los ámbitos de la cláusula penal compensatoria y la cláusula penal moratoria.

Entendemos que el ámbito de la cláusula penal moratoria estará ceñido única y exclusivamente al supuesto en que ella esté destinada a indemnizar la mora en el pago, y es evidente, para que haya mora debe haber retraso en el cumplimiento de la obligación, ya que el retraso constituye uno de los requisitos fundamentales de la mora: no hay mora sin retraso.

3557 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 161 a 166.

3558 Luis Moisset de Espanés citado en Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 162 y 163.

Esto nos lleva a considerar, de acuerdo con la doctrina que venimos sosteniendo, que la cláusula penal compensatoria regirá para los casos de incumplimiento parcial, excesivo, anticipado, defectuoso y no adecuado de las obligaciones.

Es importante, por lo demás, destacar la indudable trascendencia práctica de esta clasificación, debido a las siguientes razones:

(a) En primer lugar, la pena estipulada para el supuesto de incumplimiento no es trasladable a los casos de mora, y viceversa. Se trata de una consecuencia del principio general conforme al cual toda pena debe ser interpretada restrictivamente.

(b) La acumulación de la cláusula penal con el cumplimiento efectivo de la obligación principal sólo es procedente, por regla general, cuando la cláusula es moratoria mas no compensatoria.

(c) Las cláusulas compensatorias se agotan, por lo general, en una sola prestación. Las moratorias, en cambio, suponen prestaciones duraderas o reiteradas (se devengan por mes, por día, etcétera).

Como señala Kemelmajer de Carlucci[3559], implica resolver hasta cuándo son debidas.

En algunos casos la respuesta es sencilla: se devengan hasta el momento de producirse el cumplimiento o el incumplimiento definitivo, sin que al efecto tengan incidencia los cumplimientos parciales. Pero en otros la solución no es tan clara[3560].

Teniendo en cuenta las diferencias expresadas, resulta necesario proporcionar algunos criterios rectores para analizar cuál ha sido el tipo de cláusula penal pactado, cuando los términos contractuales no hayan sido claros.

Un sector mayoritario de la doctrina[3561] coincide en señalar que si la pena se estipula sin expresión particular, debe presumírsela compensatoria, ya que no puede pedirse el cumplimiento de la obligación principal y de la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la cláusula penal por el simple retardo.

Por nuestra parte, coincidimos con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci en el sentido de que frente a una duda insoluble, la cláusula penal debería presumirse compensatoria y no moratoria.

3559 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 163 y 164.

3560 En ese orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci (*ibidem*, p. 164) señala que la jurisprudencia argentina ha resuelto esta problemática, vinculándola al elemento «daño» (no obstante estar éste presumido).

3561 En el cual se inscriben, entre otros, a los siguientes autores: Mosset Iturraspe (Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Op. cit.*, p. 1248) y Gatica Pacheco (Gatica Pacheco, Sergio. *Op. cit.*, p. 305).

Debe reconocerse, sin embargo, que resulta improbable un supuesto en el cual, dada la redacción o la forma como se ha convenido la cláusula penal, no se pueda deducir claramente su naturaleza compensatoria o moratoria.

No obstante, resulta académicamente aceptable plantearse el supuesto en el cual no se pudiera llegar a esa conclusión.

Lo expresado no significa que la pena moratoria requiera términos sacramentales, sino que la intención pueda resultar tanto de una declaración explícita, cuanto de otras circunstancias implícitas, pudiendo, en torno al tema, formularse las siguientes conclusiones:

- Se dice que si el monto de la cláusula penal es inferior al valor de la prestación principal, debe presumírsela —salvo prueba en contrario— moratoria. Si no, desaparecería su función compulsiva.

  Nosotros no estamos de acuerdo con lo indicado por Kemelmajer de Carlucci a este respecto, en la medida en que entendemos que parte de un supuesto equivocado cuando afirma que si la penalidad fuese menor que el valor de la prestación, no podría compensar su incumplimiento.

  Ello no es así. Cuando nos referimos a la ejecución de un contrato en el cual se ha establecido una penalidad, por lo general lo estamos haciendo respecto de un contrato con prestaciones recíprocas, vale decir, a un contrato en que la prestación a ejecutar vaya a verse correspondida por una contraprestación.

  Dentro de tal orden de ideas, si el valor de la penalidad compensatoria fuese menor que el de la prestación incumplida, no habría problema para entender su adecuada función indemnizatoria, en la medida en que en este último caso el deudor incumpliente deberá pagar la penalidad, pero no recibirá ninguna contraprestación a cambio.

  Ésta es la lógica de la penalidad compensatoria cuyo valor sea inferior al de la prestación incumplida. De lo contrario carecería de sentido la norma del antiguo Código Civil brasileño de 1916, que establece que el monto de la penalidad compensatoria no podrá exceder el valor de la prestación principal.

- Asimismo, es preciso señalar que muchas veces la propia naturaleza de las obligaciones es la que dilucida el problema.

  Sobre el tema, Kemelmajer de Carlucci[3562] manifiesta que «Cuando el pacto principal comprende varias obligaciones y el cumplimiento de

3562 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 165 y 166.

ellas sea necesario para conseguir o satisfacer el fin propuesto, debe considerarse la pena como moratoria».

Para reforzar su línea argumentativa, la citada profesora recoge el siguiente ejemplo: si una persona se obliga con otra a construir una casa, estipulándose que en un plazo determinado deberá presentar los planos y especificaciones, dentro de otro mayor la obra gruesa terminada, en otro la terminación de los pisos, en otro las tareas de pintura, etcétera, y se pacta una multa respecto de cada una de estas obligaciones, ellas sólo producen sus efectos respecto de las estipulaciones a que ellas se refieren y, por consiguiente, deben estimarse moratorias y acumulables a la obligación principal. En efecto, no cabe presumir que el acreedor se satisface con el pago de la pena, porque de hecho necesita los planos para poder comenzar a construir, la obra gruesa para colocar los pisos, etcétera.

- Además, es pertinente indicar —como lo hace Kemelmajer de Carlucci—, que si la obligación requiere necesariamente de su cumplimiento para restablecer la situación jurídica quebrantada por la inejecución del contrato, la cláusula debe presumirse moratoria.

  La profesora argentina afirma, al respecto, que esta presunción sería aplicable al caso en que se pacta una cláusula penal para el supuesto en que la cosa entregada por arrendamiento, comodato, o cualquier otro vínculo precario no sea restituida dentro del término convenido.

- Las relaciones de carácter personal que existan entre las partes, las costumbres del lugar, etcétera, podrán servir como elementos para determinar la voluntad de los celebrantes.

- Cabe señalar, por último, que si la cláusula penal accede a obligaciones de no hacer, generalmente (pero no siempre) debe estimársela compensatoria, ya que este tipo de obligaciones normalmente no admiten el estado de mora, sino que suponen el incumplimiento.

  Por lo expuesto, aseveramos que para determinar cuál ha sido el tipo de cláusula penal pactado —cuando los términos contractuales no hubiesen sido claros—, debe tenerse en cuenta lo que las partes hayan dispuesto de manera explícita o implícita. Pero en caso de duda, no obstante las pautas indicadas sobre cuál ha sido la intención, deberá presumirse que la cláusula es compensatoria.

15. Condiciones de aplicación de la cláusula penal

La doctrina señala dos condiciones generales para la aplicación de la cláusula penal: la existencia de una obligación principal válida y la validez de la pena estipulada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

15.1. La existencia de una obligación principal válida

Dada la naturaleza de la cláusula penal como medida de garantía para el cumplimiento de las obligaciones, aparece como primera condición para que se aplique la existencia de una obligación principal válida.

No cabe duda acerca del requisito de validez en la obligación principal. Como señala Díez-Picazo[3563], «La cláusula penal se encuentra en una relación de dependencia con la obligación principal, y de esta accesoriedad se desprende que la obligación principal ha de ser válida, para que sea válida la cláusula penal».

En el mismo sentido se pronuncia Castán Tobeñas[3564], quien manifiesta que «Para la constitución válida de la cláusula penal se requiere la existencia de una obligación principal válida». En esta línea de pensamiento, el artículo 1344 del Código Civil peruano de 1984, oportunamente estudiado, determina que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

15.2. Validez de la cláusula penal estipulada

La segunda de las condiciones para la aplicación de la cláusula penal es la validez de la pena estipulada.

Para determinar tal validez debe tenerse en cuenta lo expresado anteriormente en torno al estudio de los elementos de la cláusula penal. Asimismo conviene dejar en claro, siguiendo a Albaladejo[3565], que obviamente la pena sólo puede aplicarse si una vez establecida, sigue en vigor al producirse el incumplimiento que sancionaba. La pérdida de vigor puede proceder de distintas causas, pero principalmente de que los interesados —después de establecerla— la hayan derogado (expresa o tácitamente) o que se hayan alterado los supuestos para los cuales se pactó (lo que encerrará derogación tácita por aquéllos).

Una vez definidas las dos condiciones generales de aplicación de la cláusula penal, conviene determinar sus requisitos de exigibilidad.

16. Extinción de la cláusula penal

Antes de analizar los diversos modos de extinción de la cláusula penal, consideramos preciso señalar la acepción que hemos dado a dicha frase.

Coincidiendo con Peirano Facio[3566], entendemos la extinción de la cláusula penal en sentido amplio, que equivale a todas aquellas vicisitudes o accidentes en virtud de los cuales la cláusula deja de tener vigor o eficacia.

3563 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.*, tomo I, pp. 573 y 574.
3564 Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 149.
3565 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 322.
3566 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, p. 309.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Con tal noción, manifiesta el maestro argentino, se comprenden dentro del tema circunstancias que determinan la ineficacia de la cláusula penal, sin que ello implique propiamente la extinción de ésta.

Así, la anulación o declaración de nulidad de la cláusula penal se encuentra entre los casos que originan su invalidez o ineficacia, pues la nulidad no es causa de extinción de las obligaciones, ya que lo nulo se reputa no haber existido nunca y mal se puede extinguir lo que nunca ha existido: la nulidad, propiamente, no es causa de extinción de obligaciones, sino de invalidez o ineficacia de la fuente de donde ellas surgen.

Cabe agregar que en el concepto «extinción» incluiremos no sólo los supuestos que restan eficacia al derecho sino a la acción de la cual es titular el acreedor. Ésta es la razón por la cual también trataremos dentro de este tema las figuras de la prescripción y la caducidad.

Luego de lo expuesto anotamos que se reconocen tres formas generales de extinción, a saber: a) por razón de la obligación principal; b) por razón de la propia cláusula penal; y c) por razón de su conexión con otras instituciones.

16.1. Por razón de la obligación principal

Aquí analizaremos cada uno de los supuestos en que la extinción de la cláusula penal provenga no de causas nacidas en ella misma, sino de la extinción de la obligación principal que garantiza y de la cual es accesoria.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci expresa[3567] que en razón de su carácter accesorio, la cláusula penal se extingue toda vez que desaparece el vínculo al cual se halla subordinada; el principio es claro y responde a la propia razón de ser de la cláusula penal; si ésta se pacta para constreñir al cumplimiento de un negocio principal, acabado éste, la existencia de la cláusula carece de causa-fin.

Siguiendo este criterio argumentativo, Peirano Facio[3568] afirma que siendo la cláusula penal una prestación de carácter accesorio destinada a reforzar el cumplimiento de la obligación principal, cuando ésta deja de existir por alguna de las causas de extinción de las obligaciones, la cláusula penal se extingue también, ya que desaparecido el vínculo que ella tiende a reforzar no podría seguir existiendo, ni tendría razón alguna para ello. Lo primero, por cuanto si la cláusula penal, según ya se vio, es una obligación accesoria, no puede existir aisladamente sin una obligación que revista respecto de ella la calidad de principal, y a la cual ella acceda. Lo segundo, porque aun cuando materialmente pudiera continuar existiendo, no tendría ninguna razón para no extinguirse y para continuar produciendo sus efectos, ya que si la cláusula penal es un medio compulsivo para

3567 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 288.

3568 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, p. 310.

hacer ejecutar al deudor la obligación principal, pierde su razón lógica de ser por el solo hecho de que la obligación principal no exista: si esto sucede desaparece su utilidad y finalidad.

En este punto de nuestro estudio ingresaremos al análisis de las causas por las que podría extinguirse la obligación principal, pero el tema, en cierta forma, ya fue materia de detenido desarrollo.

Sin embargo, aplicaremos cada una de las causas por las cuales la obligación principal puede dejar de existir, aclarando que dichas causas —como se estudiara oportunamente— se encuentran reguladas por el Código Civil peruano, entre los artículos 1220 y 1313.

16.1.1. Pago

Cuando la obligación principal se extingue mediante su fin propio, es decir, mediante el pago, la cláusula penal deja de tener existencia.

Siendo más precisos —como señala Peirano Facio—[3569], «Nunca comienza a tener existencia la obligación de prestar la pena».

Agrega el citado profesor que no basta el pago para que la cláusula penal no nazca a cargo del deudor: «Es preciso que el pago tenga condiciones tales que en sí mismo, a pesar de su nombre, no signifique un incumplimiento».

Al respecto, recordamos lo expresado acerca de las modalidades de la cláusula penal, cuando afirmamos que la obligación principal no sólo debía ser cumplida en el sentido de entregarse al acreedor la prestación prometida, sino que además debía ser cumplida con todas sus determinaciones accesorias, ya que el cumplimiento de la prestación fuera del tiempo y formas convenidos no sería válido. En otras palabras, el pago debe revestir la exactitud impuesta por los cuatro principios que lo rigen: identidad, integridad, oportunidad y localización o lugar de pago.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci[3570] manifiesta que no hay duda de que cuando el deudor cumple con la prestación inherente al objeto de la obligación principal (sea ésta una obligación de dar o de hacer), extingue la cláusula penal. La regla no ofrece dificultades cuando el pago se ha efectuado en forma absolutamente satisfactoria en cuanto al objeto debido, tiempo y lugar. Pero cuando el pago ha sido insatisfactorio en ciertos aspectos, la cuestión se torna más dudosa.

Dentro de tal orden de ideas se discute la extinción de la cláusula penal cuando es moratoria, si el acreedor recibió tardíamente la prestación principal sin hacer reserva de su reclamo.

3569 *Ibidem*, p. 311.

3570 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 289.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este sentido, un sector de la doctrina establece que cuando la pena ha sido puesta como compensación en la mora, se acumula a la principal y el deudor no se libera cumpliendo extemporáneamente con la principal. Es decir, el acreedor no pierde el derecho de exigir el monto de la cláusula penal moratoria aunque hubiera aceptado el cumplimiento de la principal.

En cambio, otro sector[3571] sostiene que «La recepción de la principal sin expresa reserva de reclamar la cláusula penal, extingue a esta última». Dicha solución tendría su eventual sustento en el carácter accesorio de la cláusula penal, recogido en nuestra legislación por el artículo 1345 del Código Civil.

Es importante señalar, asimismo, que el cumplimiento parcial de la obligación principal también ha dado lugar a discusiones doctrinales.

Al respecto, Llerena[3572] estima que «Si el acreedor acepta la ejecución parcial sin reservas y sin demandar la parte de la pena que corresponde, se entiende que renuncia a la pena; pero si acepta la ejecución parcial en la creencia de que se va a cumplir totalmente y después no se cumple, puede entonces pedir la pena».

Kemelmajer de Carlucci[3573] no comparte la primera parte del razonamiento de Llerena, pues afirma que cuando el acreedor recibe el pago parcial en la inteligencia o creencia de que el deudor lo completará posteriormente, formulando reserva en tal sentido, la pena se debe íntegramente. Pero la aceptación del pago parcial, sin reservas, de ningún modo puede hacer presumir la renuncia a percibir la cláusula *in integrum*.

Compartimos la posición adoptada por la mencionada profesora, ya que entendemos que cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial, la penalidad debe reducirse, conforme lo determina el artículo 1346 del Código Civil peruano, pero de ninguna manera extinguirse como lo afirma Llerena.

Por consiguiente, en opinión nuestra, el único pago que extingue la pena es el total. El cumplimiento parcial, aunque se haga sin reserva, sólo faculta a la reducción de la cláusula penal.

Creemos conveniente, sin embargo, acentuar la necesidad de que el acreedor adopte todas las medidas necesarias a fin de evitar la extinción de la cláusula penal cuando el pago hubiese sido insatisfactorio en algún aspecto, debiendo formular, al momento de efectuarse dicho pago deficiente, la respectiva reserva, para que no exista con posterioridad duda alguna de que pueda exigir la penalidad pactada.

3571 Entre ellos, podemos señalar a Eduardo B. Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo III, p. 145) y a Alberto G. Spota (Spota, Alberto G. *Tratado de la locación de obra*. 3.ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1976, volumen II, p. 108).

3572 Llerena, Baldomero. *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*. 3.ª edición. Buenos Aires: Editorial La Facultad, 1915, tomo III, p. 139.

3573 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 291.

16.1.2. Pago por consignación

Dados los presupuestos previstos por los artículos 1251 y siguientes del Código Civil, es posible que el deudor recurra al procedimiento de la consignación.

En este caso, entendemos que para que el pago de la obligación principal extinga la pena es menester que se hayan cumplido todos los requisitos concernientes al pago.

La jurisprudencia argentina ha resuelto —según indica Kemelmajer de Carlucci[3574]— que cuando la consignación judicial de la suma adeudada no llena los requisitos legales, la multa pactada por el retardo en el pago no cesa de correr, aunque el acreedor hubiera podido disponer de los fondos sin perjuicio de mantener las demás cuestiones del litigio, pues si el acreedor no puede, con su actitud omisiva, agravar la situación del deudor, ello es así cuando la inacción de aquél no puede ser remediada por éste, y no formuló ningún requerimiento para que el acreedor retire los fondos.

También debemos responder a la interrogante de si la aceptación del proceso por consignación de la obligación principal implica renuncia a las cláusulas penales moratorias devengadas con anterioridad a la consignación.

Sin embargo, declarada válida la consignación, debe considerarse extinguido el derecho del acreedor a percibir las cláusulas penales posteriores al momento en que el objeto de la prestación estuvo a disposición del acreedor.

16.1.3. Imputación del pago

Para que se presente el tema de la imputación del pago, el artículo 1256 del Código Civil peruano establece lo siguiente: 1) que existan varias obligaciones, a fin de que se suscite la posibilidad de elección entre todas ellas; 2) que esos vínculos obligatorios liguen al mismo deudor con el mismo acreedor, ocupando cada sujeto idéntica posición activa y pasiva en todas las relaciones; 3) que las prestaciones sean todas de la misma naturaleza, constituidas por prestaciones fungibles y homogéneas; y *(requisito implícito)*[3575] 4) que el pago efectuado no alcance a cubrir todas las deudas.

Ahora bien, el problema consiste en resolver cómo deben imputarse los pagos parciales cuando el deudor debe obligación principal y cláusula penal moratoria.

Creemos que aplicando analógicamente el artículo 1257 del Código Civil, el que expresa que: «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»; precisa resolverse la cuestión planteada equiparando

3574 *Ibidem*, p. 293.

3575 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

la cláusula penal moratoria a los intereses, a pesar de las importantes diferencias conceptuales que median entre ambas figuras.

16.1.4. Pago con subrogación

Si se produce un pago con subrogación de la obligación principal, se transmitirán al nuevo acreedor las cláusulas penales que acceden a la prestación pagada.

Dicha solución se infiere de lo dispuesto por el artículo 1262 del Código Civil peruano, del texto siguiente: «La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado».

Lo expuesto encuentra su fundamento natural en la función de garantía de la pena convencional.

16.1.5. Dación en pago

Si el acreedor recibe voluntariamente en cancelación total una prestación diferente a la que debía cumplirse como obligación principal, se extingue la cláusula penal.

Somos de la opinión, sin embargo, que si el acreedor recibe como cancelación parcial una prestación distinta de aquélla que debía ejecutarse en cumplimiento de la obligación principal, la cláusula penal correspondiente deberá reducirse proporcionalmente.

16.1.6. Novación

En torno a este tema, manifestamos que cuando se produce novación de la obligación principal y ésta se extingue, pasando a ser reemplazada por otra obligación (novación objetiva), la cláusula penal también se extingue, salvo que las partes hayan estipulado algo distinto. Lo expuesto encuentra asidero legal en el primer párrafo de artículo 1283 del Código Civil, el que prescribe que «[...] en la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario».

Las mismas reglas prevalecen en los casos de las novaciones subjetivas por cambio de acreedor o de deudor trátese, en este último supuesto, de delegación o de expromisión.

Dicha solución es clara, teniendo en cuenta la función de garantía que cumple la cláusula penal.

16.1.7.Compensación

Si la obligación principal se extingue por compensación, también se extingue la obligación accesoria, es decir, la cláusula penal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de esta línea de pensamiento, Peirano Facio[3576] expresa que «La compensación tiene un efecto similar al del pago, cuyas veces hace».

La compensación de que acá se trata —afirma el profesor citado— «[...] debe ser la compensación que obra respecto del crédito principal al cual la cláusula penal accede».

Agrega Peirano Facio que en este caso es indudable que la compensación hace las veces de pago e impide el surgimiento efectivo de la obligación penal a cargo del deudor de la pena, ya que se ha de entender que éste, por el solo hecho de haberse efectuado la compensación, ha dado cumplimiento a su obligación y, por ende, no incurre en pena.

Por otra parte, precisa señalarse que si la compensación fuese parcial, la cláusula penal se reducirá, salvo que ésta sea indivisible, en cuyo caso la penalidad se deberá íntegramente, aplicándose los principios que estudiamos en su oportunidad.

A modo de conclusión, debemos expresar que si la cláusula penal hubiese sido constituida por un tercero, tal tercero podría oponer la compensación al acreedor por lo que éste debía al deudor principal. Aquí consideramos de aplicación lo previsto por el artículo 1291 del Código Civil, que prescribe que «El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor».

Lo expuesto encuentra pleno fundamento en la función de garantía que cumple la cláusula penal.

16.1.8. Condonación y renuncia

De cualquier modo que se pruebe la condonación de la obligación principal efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación accesoria, es decir, la cláusula penal que garantizaba el cumplimiento de aquélla (argumento del artículo 1295 del Código de 1984).

Si la parte acreedora, haciendo uso de su facultad para disponer de su derecho, condona al deudor el cumplimiento de la obligación principal, se entiende, por la misma razón, condonada la obligación penal. Es evidente, en este caso, que si el acreedor perdona al deudor el pago de su crédito, ha de perdonarlo también del pago de los accesorios de éste.

Por otro lado, si bien es cierto que el Código Civil no regula expresamente la institución de la renuncia como medio de extinción de las obligaciones, parece evidente que si el acreedor, haciendo uso de la facultad de disponer de su derecho de crédito a título gratuito, renuncia a él, se entiende que también renunciará al cobro de la cláusula penal que lo garantiza.

3576 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, p. 311.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En buena cuenta, tanto la condonación como la renuncia, al generar la extinción de la obligación principal, también han de producir la de la obligación penal, más aún si se tiene en consideración que en estos casos es el acreedor, por su propia voluntad, quien ha deseado dejar sin eficacia la obligación principal.

Por lo demás, sólo se trataría de la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Conviene agregar que en estos casos, si la cláusula penal fuese constituida por un tercero, también se producirían los efectos extintivos. Este argumento comparte los fundamentos expuestos.

16.1.9. Consolidación

Si se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor de la obligación principal, no habría duda de que la extinción también operaría respecto de la cláusula penal.

Si la cláusula penal hubiese sido constituida por un tercero, la consolidación del derecho del acreedor con la obligación del deudor de la obligación principal, o viceversa, también extinguiría la cláusula penal.

En esta línea de pensamiento, Peirano Facio[3577] expresa acertadamente que «En este caso podría haber una persona que no obstante la confusión de las calidades del acreedor y del deudor pudiera prestar la cláusula penal. Sin embargo, no es posible entender que la cláusula penal subsiste, puesto que el hecho del incumplimiento de la principal no podría llegar a verificarse nunca y, por ende, nunca se llegaría a deber la obligación penal».

16.1.10. Transacción

El acto por el cual las partes contratantes se «[...] hacen concesiones recíprocas, decidiendo sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado» (argumento del artículo 1302 del Código Civil peruano), puede tener como objetivo extinguir la obligación principal y, por ende, la cláusula penal que garantizaba su cumplimiento.

Para aclarar lo señalado, creemos conveniente valernos del ejemplo citado por Kemelmajer de Carlucci[3578], cuando anota lo siguiente: un comprador de un fondo de comercio reclama judicialmente el cumplimiento del contrato en el cual se había pactado en su favor una cláusula penal moratoria por el incumplimiento de la obligación de transferir, pero en el mencionado contrato, el comprador se había comprometido a efectuar una serie de mejoras, en otro inmueble de la vendedora, las que ha realizado sólo parcialmente. Se suscribe judicialmente una

3577 *Ibidem,* p. 312.

3578 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 301.

transacción por la cual la vendedora transfiere efectivamente el fondo y libera a la compradora de efectuar las mejoras faltantes.

En el ejemplo relatado, si bien nada se expresa en torno a la cláusula penal, podemos concluir que por efecto de la extinción de la obligación principal debe considerársele también extinguida.

16.1.11. Mutuo disenso

Si las partes contratantes acuerdan dejar sin efecto el acto jurídico principal, no hay duda de que se extingue la cláusula penal pactada, que sirve de garantía a alguna obligación nacida de dicho acto (argumento del artículo 1313 del Código Civil).

16.1.12. La anulación o declaración de nulidad de la obligación principal

Respecto a esta modalidad de extinción, nos remitimos a los argumentos expresados al analizar el carácter accesorio de la cláusula penal.

16.1.13. Imposibilidad de pago

La imposibilidad de pago de la obligación principal también puede dar lugar a la extinción de la cláusula penal.

En este sentido, si la imposibilidad en la ejecución de la prestación principal no obedece a culpa del deudor, debemos concluir en que su obligación queda resuelta y, por lo tanto, la pena convencional estipulada también se extingue.

Sin embargo, si la imposibilidad de la prestación principal obedece a culpa del deudor, no hay duda de que la cláusula penal pactada para valuar en forma anticipada los daños y perjuicios sería plenamente exigible.

16.1.14. Cumplimiento de la condición resolutoria

Para entender mejor este supuesto, consideramos conveniente utilizar este ejemplo: el sujeto A celebra con el sujeto B un contrato de compraventa de un inmueble, bajo la condición resolutoria de que si el vendedor no es transferido a otra ciudad por su empleador en el plazo de seis meses, dicho acto jurídico quedará resuelto. Se estipula, además, el pago del precio en mensualidades, pactándose una cláusula penal moratoria. Posteriormente, vencen las dos primeras mensualidades y el comprador no cumple con pagar el precio. Por ello, el acreedor le requiere el pago de las cuotas vencidas más la pena convencional estipulada para el caso de mora. Finalmente, transcurrido el plazo de seis meses, el vendedor no es trasladado de su centro de trabajo y, por consiguiente, el contrato de compraventa queda resuelto.

Respecto al caso en cuestión, consideramos que una vez resuelta la obligación principal por acaecimiento de la condición resolutoria, la cláusula penal moratoria también se extinguiría, no obstante que previamente a la resolución del contrato el deudor hubiese sido constituido en mora.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

16.1.15. Cumplimiento del plazo resolutorio

Para analizar este supuesto recogemos el siguiente ejemplo: A y B celebran un contrato de arrendamiento de un departamento ubicado en Miraflores, estipulándose un plazo resolutorio de un año y seis meses. Se pacta, asimismo, que para el caso de cumplimiento tardío en el pago de los alquileres el deudor estará obligado a pagar una penalidad. Luego, éste incurre en mora en el pago de la renta.

En nuestra opinión, el plazo resolutorio a que está sujeta la obligación principal también extingue la cláusula penal. Sin embargo, si previamente a la resolución del negocio principal el deudor estuviese en mora, el acreedor tendría derecho a exigirle el pago de la correspondiente cláusula penal, más la satisfacción de los alquileres impagos.

Lo expuesto encuentra asidero en la circunstancia de que el cumplimiento del plazo no opera retroactivamente y, en consecuencia, la resolución de la obligación principal no extingue la cláusula penal, porque ésta ya tiene vida propia antes de la resolución por vencimiento del plazo.

16.1.16. Prescripción y caducidad

«La prescripción no es un modo de extinguir las obligaciones, sino un medio de enervar la eficacia de la demanda judicial que por ellas pudiera haber entablado»[3579]. En este sentido, el artículo 1989 del Código Civil peruano dispone que «la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo». *No obstante, es claro que cuando el legislador de 1984 emplea a lo largo del Código Civil el término "acción", en realidad a lo que se está refiriendo es a la "pretensión"*[3580].

En estos casos la obligación se transforma en un deber jurídico de contenido patrimonial no exigible coercitivamente, vale decir, en lo que se conoce con la denominación de obligación natural.

Por tanto, si se enerva el derecho de accionar para lograr el cumplimiento de la obligación principal, por efecto de la prescripción, tampoco podría exigirse el cumplimiento de la pena convencional.

Respecto a la figura de la caducidad, el artículo 2003 del Código Civil establece que «[...] la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente». De ello se concluye que si la obligación principal caduca por mandato de la ley, la cláusula penal también se entenderá extinguida por la misma causa. *No olvidemos que lo accesorio sigue la suerte de lo principal*[3581].

3579 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, p. 313.

3580 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3581 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

16.2. Por razón de la propia cláusula penal

Una vez que la cláusula penal es debida efectivamente por el deudor, ella asume las características de cualquier obligación pura y simple.

Por lo tanto, la pena convencional quedará sometida al régimen general de extinción de las obligaciones y puede perder eficacia en alguno de los supuestos antes explicados, con independencia de la plena eficacia de la obligación principal.

Por ello, sólo analizaremos las modalidades de extinción que han provocado mayores cuestionamientos a nivel doctrinario.

16.2.1. Compensación

No encontramos inconveniente en aceptar la compensación entre lo adeudado por concepto de cláusula penal con los créditos que el deudor de dicha cláusula tenga contra el acreedor, siempre y cuando se presenten los requisitos previstos para la compensación en el artículo 1288 del Código Civil.

16.2.2. Renuncia

Si bien es cierto que el Código Civil no regula expresamente la institución de la renuncia como medio de extinción de las obligaciones —como se ha indicado con anterioridad—, resulta evidente que el acreedor podría renunciar a la cláusula penal que garantice su derecho a cobrar la obligación principal.

Como consecuencia de esta renuncia se despojaría al crédito principal de la obligación accesoria, lo que no impediría que dicho crédito tuviera plena eficacia.

El acreedor puede renunciar a la cláusula penal, ya sea antes o después de devenir ésta en exigible.

Las dificultades respecto a la renuncia de la cláusula penal surgen —como bien sostiene Peirano Facio[3582]— en los casos en que la renuncia se efectúe por el acreedor de manera tácita o indirecta.

En este sentido, es pertinente recoger el pensamiento de Laurent[3583], quien afirma que las cuestiones de la renuncia de la pena convencional plantean siempre una dificultad de hecho que tiene que ser resuelta de acuerdo con el siguiente principio: las renuncias son de interpretación estricta y el juez debe, en caso de duda, mantener la cláusula penal y restringir su interpretación a lo que considera que es voluntad del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3582 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, pp. 314 y 315.
3583 Laurent, François. *Ob. cit.*, volumen xvii, p. 440.

16.2.3. Imposibilidad de pago

El deudor de la cláusula penal puede haberse obligado, por este concepto, a entregar un bien cierto o a efectuar una determinada prestación de hacer o de no hacer.

Si posteriormente se destruye el bien o la realización del comportamiento o la abstención debida se tornan imposibles, podrían presentarse diversas situaciones, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1138, 1154 a 1157 y 1160 del Código Civil.

Tenemos, en primer lugar, el caso en que las partes contratantes hubiesen estipulado una cláusula penal que garantice la ejecución de la obligación principal por el deudor.

Si el cumplimiento del objeto de la pena convencional deviene en imposible por culpa del deudor, el acreedor tendría el derecho de optar por reclamar los daños y perjuicios que le ocasionara el incumplimiento de la obligación principal, valiéndose del régimen indemnizatorio del Derecho común, o el valor de la cláusula penal.

Lo expuesto se fundamenta, a decir de Kemelmajer de Carlucci, en que «[...] el hecho culposo del deudor no puede mejorar su situación».

Agrega dicha autora que «Puede ocurrir que el acreedor, en virtud de la cláusula penal pactada, no se haya precavido adecuadamente a fin de reunir la prueba indispensable para probar los perjuicios causados con el incumplimiento de la principal. Corresponde, en consecuencia, otorgarle el derecho a exigir el valor de la cláusula penal».

Precisa señalarse, a modo de conclusión, que las soluciones explicadas se sustentan en el análisis sistemático de las normas pertinentes del Código Civil —estudiadas al abordar este tema—, las cuales se aplican a las obligaciones principales y accesorias.

16.2.4. Muerte del deudor

La muerte del deudor, como bien sabemos, no produce, en principio, ni la extinción de la obligación principal ni la de la cláusula penal, que se transmite a sus herederos, salvo en los casos de las obligaciones *intuitu personae*.

Sin embargo, como lo señala la doctrina, a veces la muerte del deudor produce una imposibilidad temporaria de cumplir con la obligación, por lo que tratándose de cláusulas penales moratorias pareciera que su devengamiento debiera suspenderse mientras opera tal imposibilidad.

16.2.5. Prescripción

La obligación de pagar la cláusula penal también es susceptible de prescribir.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ello, no obstante que el Código Civil no regula expresamente la materia, consideramos que tratándose de una obligación accesoria, deberá aplicarse a la acción para reclamar la pena el mismo plazo prescriptorio que rige para la principal a la cual accede.

Ese plazo de prescripción debe computarse desde que se incumple la obligación principal pactada, porque es entonces cuando nace la obligación del pago de la penalidad, quedando expedito el derecho del acreedor para exigir su cumplimiento.

16.3. Por razón de su conexión con otras instituciones

Por último, analizamos los casos en los cuales la cláusula penal puede extinguirse por razón no de la obligación principal que garantiza, ni de la cláusula penal en sí misma, sino por su conexión con otras instituciones distintas a ambas.

Nos referimos concretamente a los supuestos de extinción de la pena convencional por su relación con la usura.

El Código Civil peruano, en sus artículos 1243 al 1250, regula el pago de intereses legales y convencionales y, en esta materia, establece límites a la libertad de contratación *(por legislación posterior, aplicable solamente a los particulares en operaciones ajenas al sistema financiero)*[3584], con el fin de evitar que se presenten casos de usura.

Dentro de tal orden de ideas, podrían presentarse casos en los que una cláusula penal moratoria, aparentemente válida, encubra en realidad intereses usurarios prohibidos por nuestro ordenamiento (a pesar de que entre las cláusulas penales y los intereses existen notorias diferencias conceptuales, como previamente se ha visto).

En estos casos no cabe duda de que se deberán aplicar —*mutatis mutandis*— los efectos previstos por el segundo párrafo del artículo 1243 del Código Civil, en el sentido de que cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.

17. Diferencias entre la cláusula penal y otras figuras e instituciones jurídicas

La cláusula penal es una figura con estructura, caracteres, funciones y efectos propios, por lo que teóricamente no cabe confundirla con otra clase de obligaciones, instituciones o actos jurídicos.

Sin embargo, ello no significa que se elimine todo problema al respecto, pues la casuística presenta situaciones en las cuales se hace difícil dilucidar si nos encontramos ante una cláusula penal o ante relaciones obligacionales de otro tipo, aunque aparentemente similares a aquélla.

3584 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Las dificultades se presentan en la determinación del verdadero sentido y alcances de la estipulación. Por eso, Peirano Facio[3585] manifiesta coherentemente que aun en las situaciones más equívocas, se advierte claramente que el problema que se plantea es sólo de interpretación, que se reduce a saber si en un caso dado las partes contratantes han querido pactar una cláusula penal u otra institución similar, ya que los conceptos teóricos que delimitan estos diversos institutos no pueden presentar dudas en el actual estado del progreso del Derecho Civil.

Por lo expuesto, consideramos pertinente aludir a las diferencias teóricas esenciales que distinguen a la cláusula penal de otros institutos análogos, con los cuales podría llegar a confundirse, por semejanzas en su estructura y funcionamiento.

17.1 Diferencias con las obligaciones alternativas

Las obligaciones con cláusula penal tienen, en nuestra opinión, las siguientes diferencias con las obligaciones alternativas:

(a) La obligación alternativa comprende dos o más prestaciones (no dos o más obligaciones).

En las obligaciones con cláusula penal debe distinguirse la obligación principal —aquélla que el deudor está obligado a cumplir— de la obligación penal o penalidad.

(b) La obligación principal (asegurada con la penalidad) es de objeto plural, es decir, contiene dos o más prestaciones.

En cambio la penalidad, por lo general, comprende una sola prestación y ésta sólo se debe en caso de incumplimiento. Sin embargo, no podría descartarse, al menos en el plano teórico, que la penalidad fuese una obligación de objeto plural. Y, si éste fuese el caso, dicha penalidad inclusive podría ser una obligación alternativa.

(c) Cuando la cláusula penal se ha pactado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, entonces, a diferencia de lo que ocurre en la obligación alternativa, se deben ambas prestaciones, la principal y la accesoria (argumento del artículo 1342 del Código Civil peruano).

En las obligaciones alternativas las prestaciones no podrían ser exigidas conjuntamente, porque ello desnaturalizaría la institución.

(d) En la obligación alternativa no existen dos o más obligaciones. Sólo se hallan dos o más prestaciones, a diferencia de las obligaciones con cláusula penal, donde existen dos obligaciones: la principal y aquélla que la garantiza, es decir, la nacida de la cláusula penal.

3585 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, p. 147.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3586] precisa que en las obligaciones con cláusula penal compensatoria no existe multiplicidad de objetos independientes y equivalentes entre sí; muy al contrario, hay un vínculo principal y otro accesorio, siendo este último subsidiario y eventual.

(e) Si se extingue una de las prestaciones de la obligación alternativa, sin culpa de las partes o por culpa del deudor, se deben las que subsisten y la elección recaerá sobre alguna de éstas (argumento de los artículos 1165, inciso 2, y 1166, incisos 2 y 3, del Código Civil).

En el caso de las obligaciones con cláusula penal, si se produjera la extinción de la obligación principal sin culpa del deudor se extingue la cláusula penal.

(f) Como expresa Sanz Viola[3587], en la obligación con cláusula penal, hasta el momento del incumplimiento de la obligación principal, no existe posibilidad de optar por una u otra prestación, ni por parte del acreedor ni del deudor, ya que durante ese período sólo es relevante la obligación principal.

(g) En la obligación con cláusula penal, llegado el momento de ser exigible la obligación principal y producido el incumplimiento, quien tiene la facultad de optar entre exigir la pena o el cumplimiento es el acreedor.

En las obligaciones alternativas, la elección, en principio, corresponde al deudor, salvo que las partes hubiesen pactado que la elección la deba realizar el acreedor o un tercero (argumento del artículo 1162 del Código peruano).

(h) En la obligación con cláusula penal el acreedor, aunque haya exigido el cumplimiento de la obligación principal, no pierde la posibilidad de pedir la pena hasta lograr el cumplimiento efectivo.

Por el contrario, en las obligaciones alternativas, una vez efectuada la elección de una de las prestaciones, desaparece cualquier posibilidad de elegir alguna otra. Se puede afirmar que luego de esta elección la obligación alternativa (de objeto plural) se convierte en una de objeto simple.

En las obligaciones alternativas, por tanto, la opción tomada por el acreedor tiene carácter irrevocable, mientras que en las obligaciones con cláusula penal dicho carácter irrevocable se presentará sólo cuando se opta por la pena.

(i) A decir de Kemelmajer de Carlucci, mientras el deudor de la obligación alternativa puede extinguirla mediante el pago de cualquiera de las

3586 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 322 y 323.
3587 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, pp. 36 y 37.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

prestaciones, el de la obligación con cláusula penal no está autorizado para ofrecer la pena en lugar de la prestación principal, salvo pacto expreso en contrario. No existe, entonces, la posibilidad de elección que se concede al deudor en las primeras.

(j) Según anota la misma autora, la circunstancia de que una de las prestaciones alternativamente debidas sea ilícita o imposible no provoca la nulidad de la obligación, la cual subsiste con las que sean posibles o lícitas, porque las prestaciones son independientes unas de otras. En cambio, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal que le accede.

(k) Es oportuno destacar el pensamiento de Borda[3588], quien acota que en la práctica, cuando la cláusula penal accede a una obligación de hacer, ésta funciona como alternativa si para obtener su cumplimiento es necesario hacer fuerza sobre la persona del deudor, porque como ello está prohibido, el deudor adquiere en definitiva la opción de cumplir la principal o pagar la pena.

Disentimos de la tesis del maestro argentino. En nuestra opinión, la cláusula penal, en el caso expuesto, no funciona como si fuera una obligación alternativa. Actúa más como una obligación facultativa, porque la cláusula penal se encuentra subordinada a la obligación principal, ya que el objeto de la obligación continúa siendo la prestación principal (artículo 1169 del Código Civil peruano), pese a la imposibilidad de exigir la ejecución forzada de dicha obligación (sería necesario emplear violencia contra la persona del deudor para obtener la realización de la conducta debida, lo que está prohibido por el artículo 1150 del Código Civil).

Por ello, el deudor tendrá, en la práctica, la facultad de sustituir la obligación principal por la pena convencional.

(l) En las obligaciones con cláusula penal, cuando el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, decide exigir la prestación principal o la pena, ésta no es, en estricto, una elección, sino una decisión de su parte.

Sin embargo, debe comunicarla al deudor, a fin de que éste conozca qué es lo que se le está exigiendo y, por lo tanto, lo que tiene que cumplir.

17.2. Diferencias con las obligaciones facultativas

Las obligaciones con cláusula penal tienen las siguientes diferencias con las obligaciones facultativas:

3588 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 186.

(a) En la obligación facultativa, el deudor tiene el derecho de sustituir la prestación principal por la accesoria, por la prestación estipulada *in facultate solutionis*.

En la obligación con cláusula penal, el deudor no tiene este derecho, pues debe cumplir con la obligación principal. La exigencia de la penalidad es sólo potestad del acreedor ante el incumplimiento del deudor.

(b) En la obligación facultativa, el acreedor únicamente puede demandar o exigir el cumplimiento de la prestación principal; nunca puede exigir al deudor el cumplimiento de la prestación accesoria.

En la obligación con cláusula penal sucede lo contrario. El acreedor, en caso de incumplimiento, puede exigir la penalidad o, si fuese posible y lo considerara conveniente, el cumplimiento de la obligación principal.

Compartiendo esta línea argumentativa, Peirano Facio[3589] sostiene que a pesar de las semejanzas existentes entre la cláusula penal y las obligaciones facultativas, los dos tipos de obligación presentan la siguiente diferencia: en la obligación facultativa el deudor puede preferir liberarse con la prestación puesta *in facultate solutione,* mientras que en la obligación con cláusula penal no puede, a su arbitrio, ofrecer la pena en lugar del cumplimiento de la obligación principal.

Con similar criterio, Sanz Viola[3590] diferencia las obligaciones facultativas de las obligaciones con cláusula penal, expresando que en la cláusula penal no se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación cumpliendo la pena, mientras que en la obligación facultativa el deudor sí tiene esta facultad.

(c) Giorgi[3591] sostiene que es importante saber si las partes han querido pactar una obligación facultativa o una obligación con cláusula penal.

Afirma el maestro italiano que dicho conocimiento se obtendrá por mera interpretación de la voluntad. Dentro de tal orden de ideas, agrega que es preciso averiguar el fin que las partes se han propuesto en el contrato, pues si han querido establecer una sanción reparadora o vindicativa, estaremos frente a un caso de cláusula penal; si, por el contrario, sólo han buscado hacer más libre la situación del deudor, permitiéndole no ejecutar su obligación a cambio de un sustituto de ella, hallamos un pacto de obligación facultativa. En el primer caso, el contrato es una ventaja para el acreedor; en el segundo, es el deudor quien resulta favorecido.

3589 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.,* p. 149.
3590 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.,* pp. 38 y 39.
3591 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.,* tomo iv, p. 475.

(d) Expresa Sanz Viola que en el caso de las obligaciones con cláusula penal hay eventualmente dos obligaciones y la pena no está *in facultate solutionis;* la obligación penal es una segunda obligación más gravosa, condicionada al incumplimiento de la primera.

Por el contrario, en el caso de las obligaciones facultativas existe una obligación única con dos prestaciones: una principal y otra, *facultas solutionis.*

(e) Las obligaciones facultativas se convierten en simples si la prestación accesoria resulta nula o imposible de cumplir.

Ello también podría ocurrir en las obligaciones con cláusula penal, si la penalidad deviniera en nula o imposible de cumplir. Pero sólo en la medida en que la obligación principal fuese de objeto simple; si fuera de objeto plural, la obligación no se convertiría en simple ante la extinción de la penalidad. Continuaría siendo una obligación de objeto plural.

17.3. Diferencias con las obligaciones condicionales

Al referirnos a los caracteres de la cláusula penal, señalamos que un sector de la doctrina la caracterizaba como condicional, es decir, que estaba sometida al acontecimiento incierto y futuro de que se produjera el incumplimiento total o la ejecución parcial, tardía o defectuosa de la obligación principal. Sin embargo, como recordará el lector, nosotros le hemos negado tal carácter condicional, por las razones expuestas en su oportunidad.

Pero asumiendo el negado carácter condicional de las obligaciones con cláusula penal, ello nos merecería los siguientes comentarios:

(a) Si se adoptase la posición doctrinaria que sostiene el carácter condicional de la cláusula penal, la obligación con cláusula penal tendría una analogía evidente con la obligación condicional, pues hablando *lato sensu*, la pena sería debida bajo la condición de que la obligación principal no sea ejecutada.

(b) Consideramos, sin embargo, que la principal diferencia que surge entre estas dos obligaciones —utilizando el criterio puesto de relieve por Toullier[3592]— es que la cláusula penal va necesariamente precedida de una obligación primitiva que subsiste por sí misma. En otras palabras, en la obligación con cláusula penal hay una obligación primitiva existente antes del advenimiento de la denominada «condición» e independiente de ese advenimiento.

3592 Toullier, Charles-Bonaventure. *Le Droit Civil français suivant l'ordre du Code.* París: 1830, tomo VI, pp. 839-841.

En cambio, en la obligación condicional no existe obligación alguna antes del advenimiento de la condición, ya que la obligación en este caso no se inicia, no toma existencia, sino por este advenimiento.

En esta línea, Becerra Toro[3593] señala con relación a las diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y las obligaciones condicionales, que conviene destacar la opinión de Rogron, quien afirma que: «La obligación con cláusula penal [...] se distingue de la condicional en que la última no existe antes de realizarse la condición, y en la primera hay siempre una obligación anterior o independiente de la condición».

Esta diferencia se muestra más sensible si la traducimos en un ejemplo. Giorgi[3594] —siguiendo a Toullier— anota lo siguiente: cuando alguno promete pagar cien pesos si no derriba un árbol, no contrae precisamente la obligación de derribar el árbol, ya que dicha prestación en lugar de presentarse como objeto de la promesa, aparece solamente como un hecho futuro e incierto del que depende el pago de los cien pesos. Estamos, pues, en los términos de una obligación condicional potestativa, dependiente de la voluntad del deudor. Ningún vínculo serio liga a éste con el acreedor, y éste por su parte no tiene ninguna acción que ejercitar en juicio. Pero si el deudor, al contrario, ha prometido derribar el árbol y en su defecto se ha obligado al pago de los cien pesos, los términos están invertidos: el derribar el árbol se ha convertido en el verdadero objeto de la obligación y el pago de los cien pesos se ha transformado en cláusula penal destinada a garantizar el cumplimiento de aquélla.

En este caso, el acreedor podrá exigir al deudor que cumpla con la obligación. De lo contrario, el deudor quedará condenado al pago de la penalidad estipulada.

(c) Siguiendo estos conceptos, Llambías[3595] sostiene que para apreciar las diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y las obligaciones condicionales, y para que se pueda advertir cabalmente la comparación que efectúa, utiliza un ejemplo de obligación condicional: «A se obliga a favor de B a pagar cien mil pesos, si no llegara a entregarle un caballo de cierta raza».

Aquí, indica dicho autor, que aunque los resultados prácticos en ciertos casos puedan ser equivalentes, la situación jurídica es esencialmente diferente de la que se deriva de una cláusula penal.

3593 Becerra Toro, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 315.
3594 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, tomo IV, p. 475.
3595 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 429.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo pronto —dice Llambías—, hay diversidad de objeto debido, que en el ejemplo de la obligación con cláusula penal es el caballo y en aquel otro, el dinero. Esto hace que el primer acreedor pueda lograr el cumplimiento específico de la obligación mediante el desapoderamiento del deudor con respecto al caballo, lo que está fuera de las posibilidades del acreedor condicional con relación al hecho de que sólo es el presupuesto de la entrega de dinero pactada a su favor: aquí el deudor puede o no entregar el caballo, según su arbitrio.

(d) El profesor citado añade que en la obligación con cláusula penal, el vínculo es firme y seguro, y el derecho del acreedor es cierto y actual. En cambio, en la obligación condicional, el mismo vínculo comienza por ser incierto, y consiguientemente, el derecho del acreedor es eventual y configura una expectativa que puede resultar desvanecida.

(e) En las obligaciones con cláusula penal existe una obligación principal y otra accesoria; en las obligaciones condicionales; en cambio, existe una sola obligación (precisamente, aquella que se encuentra sujeta a dicha condición).

(f) Según refiere Kemelmajer de Carlucci[3596], en las obligaciones condicionales el acreedor no tiene derecho de exigir el cumplimiento del hecho condicionante; debe mantenerse en actitud expectante, como espectador que aguarda que el hecho acontezca o no acontezca, para luego proceder en consecuencia.

En cambio, en las obligaciones con cláusula penal, producido el incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación accesoria.

(g) La profesora citada refiere que a pesar de que las diferencias conceptuales entre estas dos figuras son elocuentes, muchas veces las previsiones contractuales no siempre están expresadas de manera clara. Precisa por ello que debe extraerse la voluntad de las partes del contexto general del acto.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci señala que la piedra de toque para efectuar la distinción radica en investigar si quedó o no al arbitrio del deudor cumplir o no con el hecho condicionante. Si así fuere, la obligación es condicional; si al contrario, no existió tal arbitrio, estamos en presencia de una cláusula penal. En caso de duda, debe estimarse que se trata de una cláusula penal, solución que se funda en el principio de conservación de la obligación.

3596 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 327 y 328.

17.4. Diferencias con el contrato de fianza

El supuesto base para apreciar las semejanzas entre la fianza y la cláusula penal radica en que ésta última haya sido estipulada por un tercero que se obliga a ejecutar en favor del acreedor una prestación en caso de que el deudor no cumpla o ejecute en forma parcial, tardía o defectuosa la obligación principal.

Desde esta óptica, y no obstante lo expuesto, se pueden identificar entre ambas figuras notorias diferencias que pasamos a señalar:

(a) Pese a tratarse en ambos casos de obligaciones accesorias y de garantía, en la fianza siempre es necesaria la intervención de un tercero distinto del obligado (argumento del artículo 1868 del Código Civil peruano).

En cambio, en las obligaciones con cláusula penal, ésta última podría ser estipulada por el propio deudor de la obligación principal o por un tercero.

(b) Es usual que la cláusula penal compensatoria represente un valor patrimonial superior a la prestación principal, pues en esta forma cumple acabadamente su función compulsiva. En cambio, el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal (argumento del artículo 1873 del Código de 1984). Ello, no obstante lo dispuesto por el citado precepto, en el sentido de que es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor.

(c) Si la fianza es simple, el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que antes se agoten los medios para cobrar al deudor (beneficio de excusión previsto por el artículo 1879 del Código Civil). Si la fianza es solidaria, el acreedor gozará del derecho de cobrar el íntegro a cualquiera de ellos, indistintamente.

En las obligaciones con cláusula penal, en cambio, el incumplimiento del deudor hace nacer en favor del acreedor un derecho de opción para reclamar la prestación principal o la cláusula penal.

(d) Ahora bien, si tenemos en cuenta las diferencias entre ambas figuras, resulta importante conocer la voluntad de los contratantes a fin de determinar cuál fue la que desearon adoptar.

Aquí cabe referirnos al pensamiento de Peirano Facio[3597], cuando manifiesta que si una obligación prometida por un tercero en garantía de una obligación principal cualquiera, es una fianza o una cláusula penal, produce en el terreno de la reglamentación una serie de consecuencias

3597 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, pp. 152 y 153.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

fundamentales para el tercero, en particular las que derivan de saber si puede o no acogerse al estatuto jurídico de la fianza.

(e) La obligación con cláusula penal, en principio, no precisa revestir formalidad alguna[3598]. En cambio, el contrato de fianza es formal, debiendo constar por escrito, bajo sanción de nulidad, según lo dispuesto por el artículo 1871 del Código Civil.

(f) En las obligaciones con cláusula penal no se trata a nivel teórico de una subcláusula penal. En cambio, puede ser materia corriente la subfianza (artículo 1888 del Código Civil).

17.5. Diferencias con el contrato de seguro

(a) Siguiendo a Busso[3599], podemos afirmar que el seguro es exclusivamente indemnizatorio, guardando proporción con el monto asegurado y con el daño. Asimismo, la suma que debe pagarse en caso de producirse el siniestro no puede ser superior al perjuicio real experimentado.

En cambio, en la cláusula penal no tiene por qué haber proporción entre el daño y la pena. Busso agrega que mientras el asegurado queda a salvo del riesgo originado por el caso fortuito o de fuerza mayor, no ocurre lo mismo con el acreedor bajo cláusula penal.

(b) En cuanto a los límites máximos, Kemelmajer de Carlucci[3600] señala que en el seguro el monto asegurado representa el límite máximo, es decir, opera como tope, pero si los daños son inferiores se responde sólo en función de ellos.

En cambio, la cláusula penal se debe —por lo menos teóricamente— aunque se acredite que el acreedor no sufrió daños o que ellos fueron inferiores a los pactados.

(c) En lo que respecta al caso fortuito o de fuerza mayor, Kemelmajer de Carlucci entiende que una de las diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y el seguro consiste en que el seguro absorbe el caso fortuito o de fuerza mayor; o sea, producido el daño por caso fortuito o de fuerza mayor, la aseguradora debe indemnizar los daños; éste es, precisamente, uno de los fines principales del seguro. En cambio, producido el incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor, no se debe la cláusula penal.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

3598 Remitimos al lector al análisis de la formalidad de la cláusula penal.

3599 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 462.

3600 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 331.

17.6. Diferencias con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios

Existen marcadas diferencias entre las obligaciones con cláusula penal y la indemnización ordinaria de daños y perjuicios, a saber:

(a) En cuanto al origen, usualmente la cláusula penal lo tiene en el contrato, esto es, en un acto voluntario producto del acuerdo de las partes contratantes.

En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios resulta impuesta por la ley, cada vez que se verifiquen en la realidad ciertos requisitos, y cuyo monto será determinado por el juez.

(b) En lo que respecta al objeto, la cláusula penal puede tener por objeto una prestación de dar, de hacer o de no hacer. En cambio, la indemnización ordinaria de daños y perjuicios siempre se estimará en dinero.

(c) En lo que atañe al régimen de la prueba de los daños y perjuicios, la cláusula penal no requiere que se pruebe su existencia ni cuantía. En cambio, en la indemnización ordinaria, los daños y perjuicios deben probarse para que ella proceda.

(d) En lo relativo a la oportunidad —y siguiendo a Becerra Toro—[3601], consideramos que la cláusula penal es la estimación anticipada de los perjuicios que se causarán con la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal. En cambio, en lo que hace a la indemnización ordinaria, primero se produce el daño, luego se demuestra y estima el perjuicio y, finalmente, procede su reparación en dinero.

(e) En cuanto al sujeto beneficiado, los daños y perjuicios se le reparan a quien ha sufrido la lesión patrimonial o extrapatrimonial, o sea, que el beneficiario de ellos es siempre el acreedor. La cláusula penal, en cambio, puede pactarse a favor de un tercero, como ya ha sido estudiado.

17.7. Diferencias con las cláusulas limitativas de responsabilidad

Como se ha expresado en forma reiterada, la cláusula penal constituye la valuación anticipada que efectúan las partes contratantes de los posibles daños y perjuicios que, producto del incumplimiento de la obligación por el deudor, se causarían al acreedor.

En este sentido, el acreedor no tendría derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la penalidad pactada era insuficiente. Por lo expuesto, la cláusula

3601 Becerra Toro, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 326.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

penal podría aparecer como una estipulación limitativa de responsabilidad. *Ello, naturalmente, si no se hubiese pactado la cláusula de indemnización por daño ulterior*[3602].

Sin embargo, a pesar de las semejanzas entre ambas figuras, las diferencias son evidentes:

(a) La cláusula penal cumple una función de garantía y de sanción (punitiva) por el incumplimiento de la obligación principal. En cambio, las cláusulas limitativas de responsabilidad implicarían una reducción de la sanción normal de aquélla.

(b) De lo expresado se desprende que la cláusula penal tiende a favorecer al acreedor, ya que aumenta sus garantías del crédito. En cambio, la cláusula limitativa de responsabilidad beneficia al deudor, pues disminuye aquéllas.

(c) Las cláusulas limitativas de responsabilidad hacen referencia directamente a los daños causados, mientras que la cláusula penal se refiere al incumplimiento mismo. Por eso precisa Kemelmajer de Carlucci[3603] que las cláusulas limitativas quedan enmarcadas por los daños, pues si éstos son inferiores al monto de la cláusula limitativa, se debe el monto de los daños. En cambio, la cláusula penal enmarca la indemnización, y ella se debe —al menos teóricamente— aunque los daños reales sean inferiores.

Dentro de tal orden ideas, es pertinente recordar las palabras de Ripert y Boulanger[3604], quienes señalan que la suma fijada preventivamente es siempre condicionante de la indemnización en la cláusula penal, a diferencia de lo que sucede en las cláusulas limitativas de responsabilidad, donde sólo lo es cuando los daños reales son mayores que la suma fijada.

Esta diferencia resulta evidente en nuestro ordenamiento legal, no obstante que, como oportunamente se estudió, se admita la reducción de la penalidad ante determinados supuestos, que no constituyen, por cierto, la regla general.

(d) En las cláusulas limitativas de responsabilidad —como expresa García Amigo[3605]—, el juez no tiene facultad moderadora de ninguna naturaleza. En cambio, en la cláusula penal el juez sí la tiene (siempre y cuando se den los supuestos contenidos en el artículo 1346 del Código Civil peruano de 1984). Dicho en otras palabras, en el caso

3602 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3603 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 335 y 336.

3604 Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol.* Traducido por Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964, tomo IV, p. 875.

3605 García Amigo, Manuel. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual.* Madrid: Tecnos, 1965, p. 135.

de las cláusulas limitativas de responsabilidad no se trata de una facultad judicial de reducción, sino que como ellas juegan como límite, deben fijarse indemnizaciones menores si los daños no ascienden al monto previsto.

(e) Para exigir la cláusula penal no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos (artículo 1343 del Código Civil). En cambio, en la cláusula limitativa de responsabilidad la prueba de los daños corresponde al acreedor perjudicado, pudiendo el deudor defenderse sosteniendo que los daños reales son inferiores a la cantidad estipulada en dicha cláusula.

(f) Como lo hemos manifestado al tratar el tema, en la cláusula penal compensatoria —una vez producido el incumplimiento— nace a favor del acreedor el derecho de optar entre el cumplimiento de la obligación principal o la penalidad. Dicha opción no se da en el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad, ya que éstas actúan sólo cuando no resulta posible el cumplimiento en especie.

No obstante las diferencias expuestas, es importante indicar que podrían presentarse dudas en cuanto a la figura que las partes contratantes quisieron pactar.

En este sentido, como señalan Mazeaud y Tunc[3606], existen dos sistemas para solucionar el conflicto: o se averigua la intención de las partes al contratar, o se da preeminencia al resultado obtenido; pero cualquiera que sea la solución adoptada, ella no es válida si permite al responsable beneficiarse con una limitación de responsabilidad que la ley prohíbe.

Los maestros franceses agregan que el responsable no podrá oponer jamás la cláusula para prevalerse del tanto alzado inferior al daño causado. Al contrario, se le hará surtir pleno efecto a la cláusula penal cuantas veces el tanto alzado sea superior al daño porque, en ese supuesto, la cláusula no produce la limitación prohibida; se autorizará siempre a la víctima para prevalerse del tanto alzado.

Ellos se pronuncian por el sistema del resultado, no sólo porque buscar la intención de las partes es un método, en la mayoría de los casos peligroso —al entrar en el terreno psicológico—, sino porque evita que por medio de un artificio legal se otorgue validez a cláusulas limitativas nulas.

17.8. Diferencias con las sanciones conminatorias o «astreintes»

Independientemente de haber abordado el tema en su oportunidad y de la circunstancia de que las «astreintes» no reciben regulación legal en nuestro

3606 Mazeaud, Henri y Léon, y André Tunc. *Op. cit.*, tomo III, volumen II, pp. 2629 y 2630.

Derecho positivo, señalaremos algunas diferencias específicas entre esa figura y la cláusula penal.

No obstante que la cláusula penal, al igual que las «astreintes», cumple una función compulsiva o conminatoria, que ambas son arbitrarias, porque pueden o no coincidir con los daños y perjuicios efectivamente sufridos, y que las dos operan ante la falta de cumplimiento de la obligación principal, ellas presentan notables diferencias que reseñamos adoptando como referencia el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci[3607]:

(a) Las «astreintes» tienen origen judicial, ya que son fijadas por el órgano jurisdiccional. En cambio, la cláusula penal tiene su origen, usualmente, en la voluntad de las partes contratantes.

(b) Las «astreintes» son siempre pecuniarias. En cambio, el objeto de la cláusula penal puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer.

(c) Las «astreintes» son siempre provisorias y esencialmente mutables, porque el juez podría aumentarlas, disminuirlas o hacerlas cesar, según el caso. En cambio, las cláusulas penales —por regla general— son inmutables y definitivas, siendo posible la reducción o aumento por el juez sólo en determinados supuestos.

(d) Las «astreintes» se imponen siempre en beneficio del acreedor. En cambio, las cláusulas penales pueden ser estipuladas a favor de un tercero.

(e) Las «astreintes» cumplen una función compulsiva, pues tienden al cumplimiento en especie de la obligación y evitan que ella se resuelva en daños y perjuicios. En cambio, la cláusula penal compensatoria supone que la obligación principal no se cumpla y que el acreedor verá satisfecho su interés mediante la indemnización previamente pactada.

(f) El ámbito de aplicación de las «astreintes» es limitado, ya que sólo se atribuyen si no existen otros medios previstos para compeler el cumplimiento en especie de la obligación (no podrían imponerse ante el incumplimiento de pagar sumas de dinero). En cambio, el ámbito de aplicación de la cláusula penal es más amplio, pues ésta puede acceder a todo tipo de obligaciones cuyo objeto consista en una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

17.9. Diferencias con las arras

A efectos de establecer las diferencias entre las arras y la cláusula penal, resulta imprescindible distinguir entre las arras confirmatorias y las arras de retractación, ya que ambas no constituyen una figura jurídica unitaria.

3607 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 341.

17.9.1. Diferencias entre la cláusula penal y las arras confirmatorias

(a) En cuanto a su finalidad, las arras confirmatorias constituyen una prueba o señal de la celebración de un contrato principal. En cambio, la cláusula penal tiene como función primordial liquidar convencionalmente y en forma anticipada los daños y perjuicios emergentes del eventual futuro incumplimiento.

(b) En cuanto a la oportunidad de su entrega, las arras confirmatorias deben entregarse en el momento de la celebración del contrato principal. En cambio, el objeto de la cláusula penal (si dicha prestación consiste en una prestación de dar) se entregará por el deudor o por un tercero, según sea el caso, una vez producida la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que dicha cláusula penal garantiza.

(c) En cuanto a su objeto, las arras confirmatorias están constituidas por la entrega de cualquier clase de bienes (sumas de dinero, otras cosas fungibles, créditos y demás bienes, siempre que sean cedibles). En cambio, la cláusula penal —como sabemos— puede tener como objeto prestaciones de cualquier clase (de dar, de hacer o de no hacer), no limitándose a una prestación de dar.

(d) En cuanto al refuerzo del contenido contractual, la entrega de arras confirmatorias —en caso de cumplimiento del contrato principal— da lugar a que quien las recibió pueda imputarlas sobre su crédito, si es que la naturaleza de la operación así lo permite. De esta manera se refuerza el contenido del contrato principal, ya que constituye un principio de su ejecución.

En cambio, el bien objeto de la cláusula penal —una vez que se origina el incumplimiento de la obligación principal por el deudor— no constituye anticipo o parte del crédito principal, sino una liquidación anticipada de los daños y perjuicios causados al acreedor, producto de la inejecución de la obligación.

(e) En cuanto a su propiedad, por razón del pacto arral, la entrega de las arras confirmatorias produce la transferencia de la propiedad de éstas, que pasan así del patrimonio del que las entrega al patrimonio de quien las recibe. En cambio, en la cláusula penal la propiedad del bien corresponderá al acreedor una vez producido el incumplimiento de la obligación principal y ejecutada la penalidad.

17.9.2. Diferencias entre la cláusula penal y las arras de retractación

(a) En cuanto a la conducta prevista, cuando las partes hacen uso de las arras de retractación no inejecutan ninguna obligación; por el contrario, ejercen una facultad reconocida por el contrato y la ley, que es, precisamente, la facultad de retractarse o arrepentirse de celebrar el contrato definitivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(b) En cuanto a los sujetos que pueden invocarlas, las arras de retractación favorecen a ambas partes contratantes. En cambio, la cláusula penal sólo juega a favor del acreedor.

(c) En cuanto al objeto de las arras de retractación, es, general, aunque no necesariamente, una parte proporcional del precio del futuro contrato definitivo que se busca celebrar. En cambio, la cláusula penal es a menudo de un valor superior al de la prestación.

(d) En cuanto a la oportunidad en que operan, las arras de retractación aparecen en el momento de la celebración del contrato. En cambio, la cláusula penal adquiere virtualidad en el momento de ejecución de éste.

(e) En cuanto a las funciones que cumplen, las arras de retractación tienden a debilitar el vínculo, otorgando la posibilidad de arrepentimiento. En cambio, la cláusula penal opera reforzándolo.

(f) En cuanto a los derechos y obligaciones conferidos, en las arras de retractación, el derecho a exigir la prestación principal está limitado por la facultad que tiene la otra parte de arrepentirse. En cambio, en la cláusula penal el derecho del acreedor no puede ser enervado por el deudor porque él no tiene derecho a liberarse pagando la penalidad.

(g) En cuanto a su propiedad, por razón del pacto arral, la entrega de las arras de retractación produce la transferencia de la propiedad de éstas, que pasan así del patrimonio del que las entrega al patrimonio de quien las recibe. En cambio, en la cláusula penal, el bien entregado será de propiedad del acreedor una vez producido el incumplimiento de la obligación principal y que se le entregue el bien.

(h) En cuanto a su objeto, las arras de retractación están constituidas por la entrega de cualquier clase de cosas (sumas de dinero, otras cosas fungibles, créditos y demás bienes, siempre que sean cedibles). En cambio, la cláusula penal —como sabemos— puede tener como objeto prestaciones de cualquier clase (de dar, de hacer o de no hacer), no limitándose a una prestación de dar.

(i) En cuanto a la oportunidad de su entrega, las arras de retractación deben entregarse en el momento de la celebración del contrato preparatorio. En cambio, el objeto de la cláusula penal (si dicha prestación es de dar) se entregará por el deudor o por un tercero, según sea el caso, una vez producida la inejecución total o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que dicha cláusula penal garantiza.

17.10. Diferencias con los intereses moratorios

El segundo párrafo del artículo 1242 del Código Civil abarca el concepto de intereses moratorios como aquéllos debidos por el retraso —doloso o culposo— en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el cumplimiento de una obligación dineraria o de cualquier otro bien por el deudor, siendo su función la de indemnizar la mora en el pago.

Dentro de tal orden de ideas, los intereses moratorios —compartiendo el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci—[3608] pueden presentar ciertas similitudes con la cláusula penal moratoria: 1) los dos son accesorios de créditos principales; 2) pueden tener origen convencional; 3) para su exigibilidad se requiere una conducta imputable; 4) no requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente; 5) ambos constituyen una estimación anticipada de los daños y perjuicios; 6) los daños en ambos institutos se presumen, resultando inútil que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de daños y perjuicios; 7) por último, sirven como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor.

Ahora bien, no obstante las semejanzas expresadas, la cláusula penal moratoria y los intereses moratorios presentan diferencias. Entre ellas, las más importantes son las siguientes:

(a) En cuanto al cálculo de su importe, como indica Mosset Iturraspe[3609], los intereses moratorios —cualquiera que sea su especie— son frutos civiles de un capital; o sea, su importe o cuantía no es discrecional, sino que proviene de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado (argumento del artículo 1243 del Código Civil peruano). Lo mencionado equivale a decir que una de las características fundamentales de la deuda por intereses es la existencia de «proporcionalidad al capital tiempo».

En cambio, el importe de la cláusula penal es producto de la capacidad discrecional de las partes contratantes, siendo dicho valor generalmente superior al de la obligación principal, con la finalidad de que el deudor se vea obligado a cumplir la obligación principal estipulada (función compulsiva de la cláusula penal).

(b) En cuanto al tipo de obligaciones a las que acceden, los intereses moratorios se devengan —fundamental pero no exclusivamente, en el plano teórico— en las obligaciones que tienen por objeto bienes genéricamente designados. En cambio, la cláusula penal puede acceder a obligaciones de toda clase.

(c) En cuanto al objeto, los intereses moratorios tienen como propósito la entrega de sumas de dinero. En cambio, la cláusula penal puede tener por objeto cualquier tipo de prestación (de dar, de hacer, o de no hacer).

3608 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 353.

3609 Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Op. cit.*, p. 1250.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Funcionalidad de la cláusula penal

Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

1. Fuentes nacionales del artículo 1341

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 tres de sus normas, los artículos 730: «La obligación de dar trae consigo la de entregar la cosa, y conservarla ilesa hasta su entrega, bajo la pena convencional que se haya impuesto; y en defecto de ésta, la de satisfacer daños e intereses al acreedor por autoridad judicial»; 820: «Cláusula penal es aquélla por la que, para la seguridad de un convenio, se obliga una persona a alguna cosa en caso de faltar a su compromiso»; y 823: «La cláusula penal es una compensación de los intereses y daños, que el acreedor sufre por no haber cumplido la obligación. Por una simple demora no puede exigirse el principal al mismo tiempo que la pena, a menos que se haya estipulado así».

Por su parte, el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1301: «Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora o falta de cumplimiento»; en tanto el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en los artículos 1563: «La cláusula penal debe consistir necesariamente en el pago de cantidad de dinero, o en otra prestación cualquiera que, conforme a este Código, pueda ser objeto de obligación»; y 1570: «Incurre en la pena anexa a la obligación, el deudor que no cumple ésta en el tiempo convenido, aunque sea por justas causas salvo pacto diverso o contrario».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936; ni el Código Civil de 1936, registran antecedentes sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 abordaba el tema en su artículo 73: «La cláusula por la que se convenga que, en el caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, uno de los contratantes queda obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.— La pena se debe independientemente de la prueba del daño»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 196: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1359: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1308: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere».

2. Análisis

Luego de realizar un análisis sobre los conceptos generales que engloba esta figura, es preciso tener en cuenta que las definiciones formuladas por diversos autores ponen de relieve, de alguna manera, las distintas funciones que cumpliría la cláusula penal, poniendo especial énfasis en la contenida en el artículo 1341 del Código Civil.

2.1. Función indemnizatoria de la cláusula penal

Como señala Kemelmajer de Carlucci[3610], para otro sector de la doctrina, la cláusula penal está exclusivamente destinada a limitar el resarcimiento de los daños que puedan originarse por el incumplimiento de la obligación. Opera a la manera de tope convencional y anticipado de los daños, como liquidación de su cuantía. Precisa Kemelmajer de Carlucci que la indemnizatoria sería la función principal que desempeñaría la cláusula penal.

3610 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 6 y 7.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este criterio es compartido por Raimundo Emiliani Román[3611] y Elvira Martínez Coco[3612], quienes señalan que la función indemnizatoria que cumpliría la cláusula penal es la predominante en el Derecho moderno, porque mediante su fijación las partes determinan anteladamente el monto que deberá pagar el deudor en caso de incumplimiento.

Esta posición se ve reforzada por el pensamiento de Cazeaux y Trigo Represas[3613], cuando manifiestan que la cláusula penal es una valuación anticipada hecha por las partes de los daños e intereses; y entienden que se trata de un pacto accesorio que se agrega a un acto jurídico por el cual el deudor o un tercero se comprometen a una prestación indemnizatoria para el caso de incumplimiento de la obligación o de no cumplirla en debida forma.

Asimismo, Martínez Coco recoge lo expresado por Lafaille quien[3614], resaltando una vez más el carácter indemnizatorio de la cláusula penal, señala que ésta es concebida como «un sucedáneo convencional de los daños e intereses o indemnización convencional».

Con relación a este punto, es pertinente tener en cuenta los conceptos de Colin y Capitant[3615], quienes sostienen —al igual que los autores citados— que la función primordial de la cláusula penal sería indemnizatoria.

A su vez, Isabel Espín Alba[3616] afirma que la función más utilizada de la cláusula penal es la fijación de una liquidación anticipada de los daños.

En opinión nuestra, la función indemnizatoria de la cláusula penal es, sin duda, relevante.

Es verdad que la cláusula penal tiene una evidente e insustituible función indemnizatoria. Sin embargo, apreciamos que dicha función debe verse en sí misma separada de la idea de evitar la probanza ulterior de los daños y perjuicios ocasionados por el deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, o de limitar los daños y perjuicios que eventualmente se causen en el futuro.

Como consecuencia de lo expresado, la función indemnizatoria debe ser apreciada única y exclusivamente como el avalúo anticipado de los daños y perjuicios que el incumplimiento pudiera causar. Esto equivale a decir que, en teoría, es la penalidad convenida, y no los daños y perjuicios realmente causados, la que deberá considerarse como monto indemnizatorio a pagar.

3611 Emiliani Román (Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 294-296) señala que: «La finalidad principal de la cláusula penal es el vínculo convencional de la indemnización de perjuicios».

3612 Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, tomo I, pp. 161 y 162.

3613 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, pp. 239 y 240.

3614 Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen I, pp. 219 y ss. Citado por Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, tomo I, pp. 161 y 162.

3615 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducido por Demófilo De Buen y puesto al día por M. Battle. 4.ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1960, tomo III, pp. 49 y 50.

3616 Espín Alba, Isabel. *Op. cit.*, p. 53.

Al respecto podemos citar la Casación n.° 4603-2009-Lima, de fecha 12 de agosto de 2010, que señala lo siguiente: «Primero. La cláusula penal es la prestación de dar, de hacer o de no hacer libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento (*sic,* entendemos que se refiere al cumplimiento parcial), la cláusula penal puede cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con las complicaciones y costos que ello implica, pues únicamente estará obligado a probar los daños y determinar la cuantía de los mismos, mediante la estipulación de penas convencionales, si el acreedor sufre daños como consecuencia del incumplimiento de su deudor, la penalidad pactada será la indemnización de los daños causados».[3617]

En este caso —agrega Espín Alba— las partes fijan de forma previa los posibles daños que el acreedor pudiera sufrir, sustituyendo una futura indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Además, señala que la principal ventaja de este tipo de cláusulas es evitar todas las dificultades relativas a la necesidad de aportar pruebas de la existencia de los daños y de su cuantía. De esa manera, precisa dicha autora, no habría que discutir posteriormente la indemnización, pudiendo el acreedor reclamar directamente la cuantía prefijada.

Para sustentar estas ideas, Espín Alba cita a Amunátegui Rodríguez[3618], quien manifiesta que los contratantes acuden al establecimiento de cláusulas penales liquidatorias, en las que con carácter previo se fija el valor de la indemnización derivada del incumplimiento o cumplimiento inexacto, fijando normalmente cantidades superiores a la que estimarían los tribunales como resarcimiento por daños y perjuicios, lo que fuerza el exacto cumplimiento de lo pactado.

No obstante, debemos precisar, como luego será analizado, que tal concepto no es determinante, pues él dependerá de lo establecido en cada ordenamiento jurídico.

Bajo esta misma perspectiva, Busso[3619] sostiene que la cláusula penal es la estipulación incluida accesoriamente en un acto jurídico por la cual el deudor o un tercero se obligan a pagar una prestación indemnizatoria para el caso de incumplimiento y el acreedor limita sus eventuales derechos indemnizatorios al monto de esa prestación que en el mismo acto queda determinado.

Busso[3620] fundamenta su pensamiento en lo expresado por Planiol y anota que la cláusula penal es «[...] la liquidación convencional de los daños e intereses que se hace a pérdidas y ganancias puesto que no se sabe por anticipado cuál será el daño real».

3617 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 1009. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3618 Amunátegui Rodríguez. *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Barcelona, 1993, p. 16. Citado por Espín Alba, Isabel. *Op. cit.,* p. 53.

3619 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo iv, p. 452.

3620 *Idem.*

Añade[3621] que la cláusula penal constituye una liquidación anticipada de la indemnización que corresponderá al acreedor por inejecución o retardo, calculada sobre la base de una representación de los daños que las partes han tenido en cuenta al contratar. Busso agrega que la estipulación de la cláusula penal hace más cómoda la situación del acreedor, ya que en caso de mora puede optar por la obligación principal y la pena, sin necesidad de justificar perjuicio alguno. En cambio, el deudor no podría elegir el pago de la pena para liberarse de la obligación principal.

No obstante dichas expresiones, conviene señalar que la penalidad pactada por las partes no siempre representará el monto de lo que ellas juzguen como eventuales daños y perjuicios, pues resulta evidente que, a pesar de que se estime como tales una cantidad determinada, podría pactarse —con la finalidad de cumplir otras funciones propias de la cláusula penal— un monto mucho mayor o incluso sustancialmente menor que el previsto para efectos del incumplimiento.

Busso señala, además, que se limita la responsabilidad del deudor, pues se determina el máximo de indemnización que deberá pagar en caso de incumplimiento.

A modo de conclusión, Busso manifiesta que la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, en cuanto facilita la liquidación de los daños, al determinar anticipadamente el monto de los derechos y responsabilidades de las partes en caso de incumplimiento.

Por su parte, Larroumet[3622], compartiendo esta línea de pensamiento, expresa que la cláusula penal es una evaluación global de los daños y perjuicios a la cual proceden los contratantes de antemano para el caso en que el deudor no ejecute o ejecute de una manera defectuosa o con retardo su obligación.

Emiliani Román[3623], siguiendo este mismo criterio, indica que mediante la llamada cláusula penal, las partes hacen el avalúo anticipado y convencional de los perjuicios del incumplimiento. En este caso, la cláusula penal consiste, esencialmente, en un avalúo convencional de la indemnización de los perjuicios y, por consiguiente, se sujeta a las reglas generales de la responsabilidad contractual.

Añade Emiliani Román que el Código Napoleón, en su artículo 1229, restringe la cláusula penal al solo desempeño de una indemnización convencional. «La cláusula penal —reza el citado artículo— es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por la inejecución de la obligación principal. Éste no puede demandar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que haya sido estipulada por el simple retardo».

Como consecuencia de este precepto, dice Emiliani Román, no cabe duda de que el Código Napoleón trata a la cláusula penal como un simple avalúo

3621 *Ibidem,* 461 y 462.

3622 Larroumet, Christian. *Op. cit.*, volumen II, p. 124.

3623 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 293 y 294.

convencional de los perjuicios, sometiéndola rígidamente a los principios de la indemnización contractual.

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Rodrigo Becerra Toro[3624] enseña que la inejecución o retardo en el cumplimiento del contrato impone la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen. La determinación de éstos puede corresponder unas veces a la ley, al juez o a las partes contratantes. La «convencional» —precisa Becerra Toro— es aquélla que las partes hacen en el contrato, fijando guarismos o las bases concretas para su liquidación. Se trata de un cálculo anticipado que evita el debate procesal acerca de la ocurrencia de los perjuicios y su cuantía.

Esta forma de determinación sobre daños y perjuicios, según Becerra Toro, es lo que se conoce como «cláusula penal»; y concluye señalando que la cláusula penal, a más de garantizar el cumplimiento de la obligación principal, es la estimación de los perjuicios por retardo o incumplimiento hecha de manera anticipada.

Por su parte, Elvira Martínez Coco[3625] también resalta el carácter indemnizatorio de la cláusula penal cuando expresa que se trata de una indemnización anteladamente prevista por las partes para los casos de incumplimiento total o de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación.

Martínez Coco señala que, según el artículo 1341 del Código Civil peruano, la cláusula penal cumpliría una función exclusivamente indemnizatoria y no compulsiva, pues afirma que esta última función sólo tiene lugar en aquellos ordenamientos que se han inclinado por la inmutabilidad de la cláusula penal, es decir, por el hecho de que luego de pactado su monto no puedan discutirlo judicialmente, principio que no ha sido consagrado por nuestro ordenamiento, según el artículo 1346[3626] del Código Civil. Agrega que este precepto, por el contrario, señala la mutabilidad parcial de la cláusula penal, es decir, que la pena puede ser reducida por el juez cuando a solicitud del deudor resulte manifiestamente excesiva.

Sin perjuicio del análisis que efectuaremos en detalle sobre la función indemnizatoria de la cláusula penal en el Derecho Civil peruano, debemos subrayar que los sistemas jurídicos en los cuales se recoge la mutabilidad de la pena —entre los cuales se encuentra el Código Civil peruano de 1984—, relativizan notoriamente la función indemnizatoria de la cláusula penal, no llegándola a eliminar, tal como apreciaremos en su oportunidad.

Ahora bien, por lo expuesto consideramos que el Código Civil peruano de 1984, en el artículo 1341, define los rasgos característicos de la cláusula penal,

3624 Becerra Toro, Rodrigo. *Op. cit.*, pp. 313, 314 y 316.

3625 Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, p. 163.

3626 El artículo 1346 del Código Civil peruano establece que: «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

aludiendo claramente a su finalidad indemnizatoria, sin descartar otras funciones que, como veremos, también está destinada a cumplir.

Dicho razonamiento se sustenta, adicionalmente, por lo expresado en la propia Exposición de Motivos del Código Civil[3627], cuando se señala que este sistema «[...] está destinado a asegurar al acreedor que ve incumplida la obligación por dolo o por culpa del deudor, la cobranza del íntegro de la penalidad, que constituye el resarcimiento fijado anteladamente».

2.1.1. Pautas de la función indemnizatoria de la cláusula penal

Aída Kemelmajer de Carlucci[3628] señala tres pautas de las cuales surge la función indemnizatoria como predominante de la cláusula penal.

2.1.1.1. Indemnización

Expresa, en primer término, que la pena entraría en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses.

2.1.1.2. Disminución

En segundo lugar, cabría la posibilidad, según Kemelmajer de Carlucci, de reducir la cláusula penal, lo que vendría a ser un efecto de su carácter indemnizatorio.

En torno al tema de la disminución, éste sólo será aplicable en aquellos sistemas en los cuales la ley faculta al juez a reducir el monto de la penalidad establecida por las partes, ya sea de oficio o a solicitud del deudor (caso, este último, propio del Derecho peruano).

Queda claro que en los sistemas de inmutabilidad de la cláusula penal no podrá disminuirse el monto de la penalidad convenida.

2.1.1.3. Aumento

Finalmente, Kemelmajer de Carlucci señala que muchas veces la cláusula penal se tornaría insuficiente y es entonces de evidencia que ella no cumplirá ninguna presión psicológica sobre el deudor.

Independientemente del estudio que luego efectuaremos sobre este tema, adelantamos que no todos los ordenamientos jurídicos prevén la posibilidad de aumento de la penalidad cuando los daños y perjuicios verdaderamente causados fueren mayores al monto de la cláusula penal convenida.

Ello sólo resulta posible en los sistemas que han optado por la mutabilidad de la cláusula penal.

3627 Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones. Op. cit.*, p. 583.
3628 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 9-10.

ENRIQUE MARIO CASTILLO FREYRE

En el caso concreto del Perú, la posibilidad de que el monto de la penalidad aumente sólo se contempla para el supuesto en que las partes hubieren convenido la indemnización del daño ulterior (argumento del artículo 1341 del Código Civil).

2.1.2. Posición que asume el carácter no forzoso indemnizatorio de la cláusula penal

Algunos autores sostienen que aunque de ordinario la cláusula penal cumple función resarcitoria, no es forzoso que tenga tal carácter.

En este sentido se pronuncia Llambías[3629], quien afirma que los deberes de conducta que no imputan obligaciones *strictu sensu,* por no ser de contenido patrimonial (no susceptibles de apreciación pecuniaria), pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales; ahí no se puede decir que tal cláusula tenga función resarcitoria, puesto que, por hipótesis, la persona en cuyo favor se ha comprometido la conducta esperada, no experimenta daño patrimonial alguno por la frustración de esa expectativa.

Cita como ejemplo el caso en que dos amigos conciertan hacer un viaje de placer conjunto en determinada fecha y convienen en que uno de ellos pagará al otro una suma de dinero si por su culpa hiciera fracasar la excursión; allí —precisa el autor— la cláusula penal asume el papel de una pena privada y no tiene carácter indemnizatorio.

Pensamos que el ejemplo empleado por Llambías para ilustrar su posición en el sentido de que no es forzoso el carácter indemnizatorio de la cláusula penal, no resulta del todo feliz, fundamentalmente porque se podría dudar de que la «obligación» asumida sea, precisamente, una obligación.

Tal concertación podríamos entenderla como parte de un trato coloquial entre los dos amigos materia del ejemplo. Y, como sabemos, los tratos sociales de esta índole generan compromisos que no constituyen, jurídicamente hablando, obligaciones.

Ahora bien, dentro del propio ejemplo, también resultaría discutible considerarse que la penalidad convenida sea, propiamente, una cláusula penal, tanto por el contexto en el que se inscribe, como por ser cuestionable que una situación de esta naturaleza corresponda, en la realidad de los hechos, a un caso idóneo.

Nosotros pensamos que la función indemnizatoria sí resulta esencial a toda cláusula penal, independientemente de la obligación principal de que se trate y con prescindencia del sistema de mutabilidad o inmutabilidad que rija en el medio jurídico correspondiente.

3629 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, pp. 104 y 105. El punto de vista de Llambías es compartido por Eduardo B. Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 461 y 462), para quien: «La indemnización que la cláusula penal implica, es ficticia y arbitraria, pues no guarda relación con la existencia de perjuicios ni con el monto de éstos».

LUIS HUGO MARIO CASTILLO FREYRE

En pocas palabras, si una estipulación no tiene por finalidad indemnizar, jamás podría ser llamada cláusula penal.

2.2. Función compulsiva de la cláusula penal

La cláusula penal cumple una función compulsiva. Un sector de la doctrina la considera como una pena que se dirige a castigar una conducta antijurídica, asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación[3630].

En esta línea de pensamiento también encontramos a Salvat[3631], quien expresa que «La cláusula penal es un medio para asegurar el cumplimiento de la obligación», agregando que la función compulsiva, dentro de las demás funciones que desempeña la cláusula penal, constituye su función principal.

Asimismo, Guillermo A. Borda[3632] señala que la cláusula penal es un medio de compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción, por lo común más gravosa que la obligación contraída, exponiendo al deudor a un grave peligro para el caso de incumplimiento.

Por su parte, Josserand[3633], en relación con la función compulsiva que cumple la cláusula penal, manifiesta que por medio de ésta, las partes le dan a su acuerdo una fuerza obligatoria mayor, estipulando para el supuesto de inejecución una pena muy elevada que tomará así la significación y la importancia de una vía de ejecución de naturaleza particular, cuyo valor preventivo será muy interesante, de modo tal que el deudor tendrá mayor interés en hacer honor a sus compromisos, cuya inejecución sería ruinosa para él.

Respecto al carácter compulsivo de la cláusula penal, Llambías[3634] también sostiene que ella adopta esta función, pues agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor a cumplir con la prestación principal para eludir la pena que suele ser hasta gravosa. Dice Savigny —citado por Llambías—[3635] que «La cláusula penal incita al cumplimiento por el temor de la pena, con lo cual viene a reforzar la sanción del contrato principal».

3630 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 3-4. Es preciso señalar que Aída Kemelmajer de Carlucci nos habla de dos funciones adicionales que ya están contenidas dentro de la función compulsiva. Éstas son: 1) la función aflictiva, la cual manifiesta que por medio de la cláusula penal el deudor está constreñido psicológicamente al pago de la prestación principal, pues sabe que si no cumple deberá afrontar graves consecuencias patrimoniales; y 2) la función satisfactoria, ya que para el acreedor, gracias a la cláusula penal, entran en su patrimonio bienes que de otro modo no hubiesen asegurado satisfacerlo en un interés patrimonial por el deudor; por el contrario, significa un modo de coercibilidad que no hubiese ejercido presión sobre él, de no existir la cláusula penal.

3631 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 105.

3632 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 196.

3633 Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 522-523.

3634 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 419.

3635 *Idem.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Conviene aquí citar la posición de Lobato de Blas[3636], con referencia a la función que cumple la cláusula penal. Este autor expresa, al igual que Bonet Ramón, que la cláusula penal tiene conceptualmente siempre el mismo fin y una sola función, esto es, reforzar el vínculo ofreciendo al acreedor un medio más intensamente eficaz que la acción derivada del crédito simple; la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación.

Compartiendo estos conceptos, Díez-Picazo[3637] afirma que la cláusula penal cumple una función esencial, es decir, aquélla que se puede considerar común a todas sus variedades. Se refiere, naturalmente, a la función compulsiva, o como él la llama, función de garantía, ya que la cláusula penal garantiza la obligación principal, reforzando el vínculo obligatorio, asegurando de alguna manera especial, frente al crédito ordinario, la efectividad del derecho del acreedor.

Agrega el profesor citado que esta función es reconocida por la generalidad de la doctrina que estudia y coloca sistemáticamente la cláusula penal dentro de las garantías de la obligación.

Por nuestra parte, pensamos que la expresión «garantía» debería emplearse entrecomillada, en la medida en que la cláusula penal no constituye una garantía propiamente dicha de la obligación. No olvidemos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico las garantías pueden ser personales o reales. Las garantías personales, como es el caso de la fianza o del aval, son tales por cuanto el fiador y el avalista responden con todo su patrimonio personal respecto al cumplimiento de la obligación asumida por el deudor a quien están garantizando. Dichas garantías personales revisten tal condición porque el acreedor podría dirigirse contra un patrimonio distinto al del deudor, para obtener la satisfacción del crédito. En las garantías personales el universo de los patrimonios que el acreedor tiene a su disposición va más allá de aquél del propio deudor.

Ello no significa que el acreedor necesariamente vaya a ver satisfecho su crédito, pues el fiador o el avalista podrían ser tan insolventes como el propio deudor, en cuyo caso el acreedor verá frustradas sus expectativas de cobro.

Pero en estos casos la garantía tuvo como objeto, si bien no asegurar el cumplimiento en términos absolutos, sí ampliar el universo de los patrimonios contra los que se podría dirigir el acreedor.

3636 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 32.
En este mismo orden de ideas De Ruggiero, Roberto. *Op. cit.*, p. 152. Citado por Busso, Eduardo B. *Obligaciones. Op. cit.*, tomo IV, p. 460.
Asimismo, Castán (en Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil español, común y foral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1954, p. 128. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 31) manifiesta que: «A la función coercitiva o de garantía se le puede considerar como la finalidad más general, normal y típica de la cláusula penal. Puede decirse, en efecto, que la pena convencional actúa siempre en el sentido de reforzar el vínculo obligatorio y estimular a su cumplimiento normal».

3637 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. 4.ª edición. Madrid: Tecnos, 1993, tomo I, p. 572.

En el caso de las garantías reales, el tema de la garantía propiamente dicha se aprecia de manera más nítida que en el caso de las garantías personales, pues el acreedor tendrá, por efecto de la constitución del derecho real de hipoteca, derecho preferente de cobro, ejecutando la garantía sobre el bien gravado y hasta por el importe convenido.

En estos casos, los bienes gravados podrán ser o no de propiedad del deudor. Si los bienes no fueran de propiedad del deudor, es evidente que se estaría ampliando el universo patrimonial respecto del cual el acreedor podría hacer efectivo su crédito. En caso contrario, vale decir si fuere el propio deudor de la obligación quien hubiese afectado en garantía bienes de su propiedad, no estaríamos hablando de una ampliación del patrimonio con respecto al cual se puede hacer efectivo el cobro, pero sí estaremos colocando en una situación excepcional (de especial preferencia para el acreedor) a los bienes materia de dicha afectación.

Por lo tanto, sólo en los casos de una fianza, de un aval, de una hipoteca, de una anticresis, de una prenda, o de una garantía mobiliaria, podemos hablar de garantías propiamente dichas, vale decir, en el sentido estrictamente jurídico del término.

La cláusula penal, en cambio, no es una garantía en sentido estricto, pues ni amplía ni refuerza el patrimonio respecto al cual el acreedor podrá intentar hacer efectivo su crédito, ya que la penalidad deberá ser pagada, de ser el caso, por el propio deudor.

Así, ante el eventual incumplimiento de la obligación principal por el deudor, si el acreedor decidiera hacer efectiva la penalidad convenida, ante la insolvencia del deudor, el acreedor nada cobraría.

En tal sentido, no podríamos afirmar que la cláusula penal constituye una garantía propiamente dicha. Lo único que podríamos decir válidamente es que la cláusula penal, en cierta forma, refuerza o «garantiza de mejor manera» los intereses del acreedor en ver satisfecho su crédito o, subsidiariamente, en cobrar la penalidad estipulada.

No siendo una obligación de objeto plural, la obligación pactada con cláusula penal otorga una posibilidad adicional al acreedor afectado por el incumplimiento del deudor, para —mientras dicho deudor sea solvente— satisfacer sus intereses con el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la prestación accesoria.

Por su parte, Ana María Sanz Viola[3638] coincide con lo expresado por Díez-Picazo, al señalar que la cláusula penal cumple una función de «garantía»,

3638 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 24. Para reforzar su posición, Sanz recoge lo expresado por Amorós (Amorós Guardiola, M. *La garantía patrimonial y sus formas,* pp. 560-592. Citado por Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.,* p. 27), quien señala que: «Con la cláusula penal se produce una ampliación objetiva del débito, no de la responsabilidad patrimonial, aunque indirectamente también se puede entender que existe una agravación de la responsabilidad patrimonial del deudor, ya que en última instancia va a ser la ejecución de un importe superior a la prestación originariamente debida».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo que implica considerar la pena como un refuerzo de la obligación principal. Añade que con el término «garantía» lo que se le quiere atribuir es la mayor probabilidad de conducir a feliz término la relación obligatoria, es decir, lograr la satisfacción del interés del acreedor a través del cumplimiento regular del deudor. Sanz Viola también afirma que la especialidad de la cláusula penal consiste en el estímulo al cumplimiento regular de la obligación que supone para el deudor la amenaza de una prestación adicional en el caso de no cumplir puntual y exactamente la prestación debida.

En este punto cabría formular una interrogante: ¿la cláusula penal constituye un estímulo al cumplimiento regular de la obligación, como dice Sanz Viola, o un estímulo a no dejar de cumplir?

Esta pregunta, que parecería ser un juego de palabras, no lo es tal pues la cláusula penal no induce al deudor a que cumpla, ya que las motivaciones del cumplimiento se derivan, en el terreno jurídico, de la propia naturaleza de la obligación y, en el terreno moral, del cumplimiento de la palabra empeñada.

La cláusula penal, si su cuantía o magnitud es determinada como suficientemente severa, hará que el deudor pueda disuadirse de incumplir con la obligación, dado que las consecuencias del incumplimiento podrían ser mucho más severas que las del cumplimiento regular.

Finalmente, en torno de este tema, Sanz Viola considera que en la cláusula penal las partes de la relación obligatoria regulan las consecuencias del incumplimiento de tal forma que incitan al deudor a cumplir de manera regular y que esa previsión particular de las partes debe suponer una agravación de la posición del deudor que incumple en relación con lo establecido por la ley, por un lado, y una mejoría para el acreedor, por el otro.

En pro de sostener esta posición, Aída Kemelmajer de Carlucci[3639] señala algunas pautas de las cuales surgirá la función compulsiva de la cláusula penal.

En primer lugar, manifiesta que podría pactarse la acumulación de la cláusula penal compensatoria y el cumplimiento de la principal (la pena se pagó), aunque no se haya referido a perjuicio alguno, por cuanto también se ha cumplido con la prestación principal.

Aquí consideramos que se confunden conceptos. Si el deudor cumple rigurosamente su prestación, mal podría estar obligado al pago de penalidad alguna. La pena se paga en adición a la obligación principal sólo en el caso de mora, esto es, como penalidad moratoria.

En esta materia hay Códigos explícitos. Por ejemplo, el artículo 1383 del Código Civil italiano de 1942, cuando establece que «El acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y la pena, si ésta no hubiera sido

3639 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 8-9.

estipulada para el simple retardo». O el propio Código Civil peruano de 1984, cuando preceptúa en su artículo 1342 que si la cláusula penal se estipula para el caso de mora, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

Luego, Kemelmajer de Carlucci sostiene que la cláusula penal se debe a pesar de que el deudor acredite que el acreedor no sufrió daño alguno.

La autora citada agrega que por medio de la cláusula penal podría, incluso, accederse al pago de obligaciones naturales, es decir, a aquellas donde no existe acción para exigir el cumplimiento de la prestación principal.

Abrigamos serias dudas sobre la validez de esta tesis. Podría afirmarse que, si la prestación principal no es exigible, la accesoria —esto es la cláusula penal— sigue la suerte de la principal*; lo que equivale a decir, en otras palabras, que estaríamos frente a una cláusula penal que también tendría carácter de obligación natural*[3640].

Mosset Iturraspe[3641] construye una definición en la que claramente se vislumbra la finalidad compulsiva que cumpliría la cláusula penal. Expresa este autor que consiste en una «[...] pena de origen convencional por la cual se somete al sujeto pasivo a un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber».

Acogiendo esta tesis, Palacio Pimentel[3642] señala que la cláusula penal es la estipulación accesoria añadida a un contrato para asegurar la ejecución de la prestación y por la cual el deudor se somete a pagar una multa o realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se le llama también pena convencional y tiene por fin ofrecer al acreedor un medio severo y conminativo para que el deudor cumpla la prestación o la realice oportunamente.

Giorgi[3643] también había asumido lo expresado. El maestro italiano define la cláusula penal como el «pacto accesorio por el cual el deudor, a fin de asegurar la obligación principal, promete una prestación determinada para el caso de que no cumpla la obligación contraída».

De opinión similar, Rosendo Badani[3644] precisa que para asegurar mejor el cumplimiento de una obligación puede establecerse que el deudor quedará sometido a una pena determinada, generalmente el pago de una multa, en caso de retardo o de incumplimiento. Se dice entonces que la obligación es con cláusula penal.

3640 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3641 Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Op. cit.*, pp. 73 y ss.

3642 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Elementos de Derecho Civil peruano. Op. cit.*, tomo I, pp. 389 y 390.

3643 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, p. 465.

3644 Badani Chávez, Rosendo. *Op. cit.*, p. 115.

Héctor Lafaille[3645], quien pone de relieve su carácter compulsivo, la considera como el recurso conminatorio que logra obtener del deudor el cumplimiento de la obligación y que consiste en establecer una pena convencional para el caso de mora o de no ejecutarse aquélla. Agrega que por lo común reemplaza a la indemnización, pero sin necesidad de acreditar la existencia o cuantía del daño, lo que revela que subsiste el rasgo compulsivo y que no cabe equipararlo siempre al supuesto de ejecución indirecta.

Reafirmándose en lo expresado, Lafaille recuerda la definición del artículo 652 del *(hoy derogado)*[3646] Código Civil argentino[3647]: «La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación».

Por su parte, François Laurent[3648] añade que en caso de estipulación de una pena hay dos obligaciones: una a la que la ley llama principal; la otra a la que la doctrina llama accesoria. La cláusula penal es accesoria, a tal punto que no se concibe sin una obligación, en la que tiene por objetivo asegurar el cumplimiento. Todas las cláusulas que tienen este objetivo, precisa el citado autor, son accesorias pues sólo pueden existir si hay una obligación principal.

En opinión de Laurent, se llama a esta principal porque el acreedor estipula no la pena, sino la cosa o el hecho que es el objeto del convenio, siendo principalmente este objeto que él considera y es únicamente para asegurarse el cumplimiento por lo que él estipula una pena.

De la misma forma, con relación al carácter compulsivo de la cláusula penal, Luis Díez-Picazo[3649], lo reiteramos, señala que «La estipulación de una pena convencional puede ser considerada como una garantía de la obligación en cuanto que su existencia asegura al acreedor el cumplimiento y facilita la exigibilidad del crédito».

Ya Savigny[3650], en esa línea conceptual, había anotado que la cláusula penal es «una promesa condicional de dar alguna cosa cuando se hace con la intención de obtener que suceda lo contrario de lo que ha sido puesto en condición».

Finalmente, en este mismo sentido, Enneccerus, Kipp y Wolf[3651] también resaltan la finalidad compulsiva de la cláusula penal. Así, señalan que ésta contiene la

3645 Lafaille, Héctor. *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo VI, volumen I, p. 155. El autor tiende también a subrayar el carácter punitivo que siempre reviste la cláusula penal, pues afirma que cabe exigirla aun cuando faltara el perjuicio en absoluto.

3646 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3647 De la Vega Vélez (De la Vega Vélez, Antonio. *Op. cit.*, p. 230) sigue el mismo criterio que impuso Vélez Sarsfield en el Código Civil argentino, y expresa que: «la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal».

3648 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 427-428.

3649 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.,* tomo I, p. 583.

3650 Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 19.

3651 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.,* tomo II, volumen I, p. 187.

promesa condicional de una prestación, pero esta promesa sirve exclusivamente a la obligación principal, debiendo asegurar el cumplimiento de ésta como medio de presión, y hace superflua, en muchos casos, la prueba del daño y de su cuantía si la obligación no es cumplida o es cumplida de un modo no pertinente.

Frente a la posición que subraya el carácter compulsivo de la cláusula penal, hay autores que le niegan esta función. Entre ellos, Planiol[3652] sostiene que la cláusula penal, en principio, no tiene carácter compulsivo, pues por regla general todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está asegurada por la ley. Sólo en ciertos casos excepcionales, afirma, la cláusula penal sirve para dar acción a una persona que sin ella no la tendría; lo que ocurre en las promesas y estipulaciones por otro.

Por nuestra parte, consideramos de extrema importancia las expresiones de Planiol, pues nos parece pertinente que se precise en qué consiste el carácter compulsivo de la cláusula penal.

Es claro, como dice el maestro francés, que la cláusula penal no le da mayor fuerza obligatoria a una relación jurídica, pues tal situación se presenta por el solo hecho de haber nacido una obligación en virtud de una norma legal o de la voluntad humana.

En otras palabras, asumiendo un sentido coloquial, podríamos afirmar que una obligación no es más obligación que otra por el hecho de haberse pactado en ella una penalidad.

Pero pensamos que Planiol aprecia el carácter compulsivo desde una perspectiva distinta de la habitual, hecho que no enerva el carácter compulsivo de la cláusula penal, en el sentido de constituir un elemento adicional o, si se quiere, un «refuerzo» para disuadir al deudor del incumplimiento y conducirlo al camino de la ejecución.

En resumen, Planiol tiene razón, pero a pesar de ello la cláusula penal sigue teniendo una finalidad compulsiva.

En ese orden de ideas, estimamos mucho más acertado al profesor Jorge Bustamante Alsina quien, recogiendo el pensamiento de Salvat[3653], afirma que el acreedor tiene siempre el derecho de reclamar la ejecución forzada de la obligación, no por vía directa, sino por vía indirecta de indemnización de daños y perjuicios. Bajo este aspecto, la cláusula penal nada agrega a la eficacia del vínculo jurídico que ella crea. Pero es racional pensar, y éste es el propósito de la ley, que colocado en la necesidad de cumplir la obligación o pagar la pena, muchas veces el deudor optará por lo primero, porque una cosa es que para llegar a la indemnización el acreedor tenga que empezar por probar y hacer liquidar sus perjuicios, y otra, mucho más simple, que le baste demandar el pago de la pena o multa estipulada.

3652 Marcel Planiol citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 460.

3653 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 161.

Sobre el particular, Busso[3654] plantea que la función compulsiva no hace a la esencia de las cláusulas penales. Expresa que es un elemento circunstancial y adventicio, que puede o no corresponder a la finalidad de la institución y a la intención de las partes. Además, señala que el acreedor tanto puede incluir la cláusula penal para presionar al deudor, como para tener un modo rápido y expeditivo de disolver la obligación y reclamar indemnizaciones. En este último supuesto, la inclusión de la pena es, en mayor medida, un incentivo para obtener la resolución que una presión dirigida al cumplimiento.

Nosotros compartimos el parecer de Busso en el sentido de que la función compulsiva no es de la esencia de la cláusula penal.

Es claro que una cláusula penal podría pactarse, como expresa el ilustre profesor argentino, con una finalidad fundamentalmente distinta, como sería el caso de una finalidad resolutoria.

No obstante ello, las expresiones de Busso nos conducen a reflexionar en el sentido de que la cláusula penal no tiene por esencia, vale decir, *per se,* todos los matices compulsivos que venimos estudiando.

Esta afirmación obedece a que la cláusula penal puede prescindir de algunas de las funciones analizadas, que —según se ha podido comprobar— cita la doctrina con regularidad como propias de la cláusula penal, pero no de todas, porque entonces simplemente no sería cláusula penal.

Busso agrega que la cláusula penal sólo funcionará como medio de compulsión cuando su monto supere en mucho el valor de la prestación principal.

No coincidimos necesariamente con esas expresiones. Creemos que bastará que la penalidad supere el valor de la prestación principal, sin requerirse que lo supere notoriamente.

Esto es claro, en la medida en que la compulsión será mayor o menor en función de la desproporción que exista entre el valor de la prestación pactada y el valor de la penalidad convenida.

En teoría, podríamos pensar en la existencia de una penalidad que supere en un céntimo el valor de la prestación pactada, así como en otra penalidad que supere en diez veces el valor de dicha prestación.

La compulsión que tendrá como efecto la primera cláusula penal, será notoriamente menor que la segunda. No obstante, no podríamos decir que la primera carecerá de función compulsiva. Solamente podríamos afirmar que ella tendría un grado de compulsión mucho menor que la segunda, pero las dos la tendrían, sin lugar a dudas.

3654 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 460 y 461.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que de adoptarse el criterio opuesto, vale decir, aquél que considera que sólo tendrá función compulsiva la penalidad que supere notoriamente el valor de la prestación pactada, ello determinaría que ingresáramos al ámbito de las matemáticas, mezclándolas con aspectos jurídicos, al establecer proporciones o porcentajes en donde algunos de los cuales nos mostrarían cláusulas penales no compulsivas, y otros nos ubicarían ante penalidades compulsivas. Situaciones como éstas escaparían a la naturaleza de la figura y a la función del Derecho de Obligaciones, además de correr el riesgo de encasillar inútilmente una institución de tanta riqueza teórica y práctica.

Por otra parte, José León Barandiarán[3655] manifiesta que la cláusula penal hace posible el surgimiento de una responsabilidad que se concreta en el pago de ésta en casos en que de otro modo no cabría acción propia y eficaz contra el que se ha sometido a la cláusula —así, en el caso de la promesa del hecho de un tercero, el promitente, frente al incumplimiento por el tercero, puede garantizarla con una cláusula penal, a exigirse de parte del estipulante—.

Borda y Bonnecase[3656] coinciden con lo expresado por León Barandiarán, cuando señalan que la cláusula penal constituye un recurso del que se vale el acreedor para asegurar la seriedad de la promesa hecha por un tercero, de quien no se tiene mandato. El promitente —agrega Borda— se compromete a pagar una pena si la persona cuya prestación prometió se niega a cumplirla.

Sin lugar a dudas, el caso citado por León Barandiarán, Borda y Bonnecase constituye un supuesto extraño de penalidad. Incluso podría discutirse la naturaleza jurídica de dicha pena, en el sentido de si debiéramos considerarla o no como cláusula penal.

Como se recuerda, el Código Civil peruano de 1984 prevé la figura de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero en sus artículos 1470 a 1472[3657].

Pensamos que la vinculación del tema con la cláusula penal podría provenir del hecho de que el artículo 1470 establece que el promitente deberá indemnizar al promisario si el tercero no asume la obligación o no cumple con el hecho prometido, respectivamente; a lo que el artículo 1472 agrega que puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

3655 León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, pp. 180 y 181.

3656 Borda (Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 196) coincide con Bonnecase (Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, pp. 435 y 436), quien afirma que la cláusula penal también sirve para dar fuerza a la estipulación por tercero.

3657 Artículo 1470.- Se puede prometer la obligación o el hecho de un tercero, con cargo de que el promitente quede obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero no asume la obligación o no cumple el hecho prometido, respectivamente.
Artículo 1471.- En cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.
Artículo 1472.- Puede pactarse anticipadamente el monto de la indemnización.

Lo expresado parecería ubicarnos dentro del campo de la cláusula penal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 1471 del propio Código Civil, en el sentido de que en cualquiera de los casos del artículo 1470, la indemnización a cargo del promitente tiene carácter de prestación sustitutoria de la obligación o del hecho del tercero.

Estimamos que la última de las normas citadas puede conducirnos, válidamente, a discutir la naturaleza de la prestación sustitutoria, ya que si bien es cierto que tiene semejanzas con la cláusula penal, en otros aspectos difiere de ella.

Pero no es el caso incorporar a este estudio ese tema en particular.

2.3. Función compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal

Ante las posiciones señaladas que ven en la cláusula penal un carácter exclusivamente compulsivo o indemnizatorio, se ubican otros autores, quienes sostienen que la cláusula penal tiene una función ambivalente, es decir, que cumple a la vez una función compulsiva e indemnizatoria[3658].

En este sentido, Giorgi[3659] manifiesta que cuando se pacta una cláusula penal se añade al contrato una convención accesoria, por la que el deudor si deja de cumplir su promesa principal, queda tenido a dar alguna cosa al acreedor para compensarlo de la pérdida que le produce la falta de ejecución del contrato. La finalidad de la cláusula penal es reforzar el vínculo contractual y establecer una indemnización convencional.

Asimismo De Diego[3660] adopta una posición ambivalente con relación a la función que cumple la cláusula penal, cuando expresa que o es un medio de garantía para el cumplimiento de la obligación principal, ya que los deudores serán más acuciosos, como decían Las Partidas, en cumplir la promisión por medio de la pena, o es una anticipada valuación de los daños y perjuicios que sufre el acreedor con el incumplimiento de la obligación principal.

Por último, es preciso tener en cuenta el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci[3661], quien respecto al carácter conminatorio e indemnizatorio que presenta la cláusula penal, añade que para algunos ambas funciones son igualmente importantes, en tanto que otros hacen prevalecer una sobre otra y no faltan quienes advierten que las diversas funciones aparecen en distintos momentos.

3658 Entre los autores que sostienen esta posición se encuentran Ripert y Boulanger (Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1958, tomo IV, p. 494. Citados por Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. *Op. cit.*, tomo I, p. 418) y Dávila Gonzales (Dávila Gonzales, Javier. *Op. cit.*, pp. 53 y ss. Citado por Espín Alba, Isabel. *Op. cit.*, p. 50).

3659 Giorgi, Giorgio. *Op. cit.*, volumen IV, pp. 462-466.

3660 De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1930, p. 68. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 31.

3661 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 7.

Por ejemplo, para Chironi, afirma Kemelmajer de Carlucci, el carácter resarcitorio no se manifiesta en la concertación, sino sólo cuando la obligación principal se incumple o se cumple tardíamente. En cambio, la función compulsiva —por ser preventiva del incumplimiento—, se muestra *ab initio*.

Bustamante Alsina[3662] también señala que la cláusula penal es una estipulación accesoria a otra obligación, por la cual el deudor o un tercero se obliga a favor del acreedor o de un tercero a una determinada prestación con el fin de asegurar el cumplimiento y de fijar el límite del resarcimiento en caso de retardarse o de no ejecutarse la obligación principal.

En este sentido, Hedemann[3663] opina que la cláusula penal es un arma del acreedor, ya que está prevista para el supuesto en que el deudor no cumpla su obligación (o no la cumpla «del modo pertinente»), en cuyo caso ha de pagar al primero la pena estipulada. De esta manera, afirma el citado autor, el deudor es estimulado a pagar y al acreedor se le ofrece la posibilidad de garantizar la indemnización.

Por nuestra parte, al afirmar la posibilidad de que la cláusula penal pueda cumplir por lo menos una, pero incluso más de una función, consideramos que ella puede tener una función ambivalente, siendo a la vez compulsiva e indemnizatoria.

Los autores que se adhieren a esta dualidad han percibido que la cláusula penal puede cumplir más de una función, y por ello se refieren a las dos funciones que tradicionalmente se consideran más relevantes.

Tal concepto nos parece acertado. Sin embargo, también nos da pie para afirmar que no se trata sólo de una dualidad, sino de una eventual pluralidad de funciones de la cláusula penal, como luego apreciaremos.

La Casación n.° 1064-2003-Cusco, de fecha 10 de septiembre de 2003, señala que la cláusula penal consiste en el pago de una penalidad que tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere, «*Cuarto*. El artículo 1341 del Código Civil, establece que el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior, asimismo, en la cláusula cuarta del referido contrato de promesa de venta, se pactó que en caso de incumplimiento de dicho contrato, la parte infractora pagaría una multa de quinientos nuevos soles. *Quinto*. En tal sentido, revisada la citada cláusula cuarta del contrato de promesa de venta, debe de entenderse que la misma es una cláusula penal

3662 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 159.

3663 Hedemann, Justus Wilhelm. *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

conforme lo prescribe el artículo antes aludido; y del análisis de dicha cláusula, se determina que se constituyó un acuerdo, donde se estableció que, en caso de incumplimiento de la prestación debida, la parte infractora quedaría obligada al pago de una prestación a título de resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento [...]».[3664]

2.4. Función punitiva de la cláusula penal

Por otro lado, cierto sector de la doctrina pone de relieve el carácter punitivo de la cláusula penal.

Así, Díez-Picazo[3665] la considera como «Una sanción convencionalmente establecida del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. De ahí su nombre de pena y de multa convencional».

En la misma línea de pensamiento, Albaladejo[3666] llama cláusula penal a «[...] la sanción (consistente generalmente en cumplir la prestación de entregar una suma de dinero, pero que puede consistir en cualquier otra) que se establece que ha de sufrir el deudor en el caso de que no cumpla debidamente su obligación».

Cazeaux y Trigo Represas[3667], por su parte, expresan que el acreedor y el deudor pueden convenir que para la hipótesis del incumplimiento absoluto o relativo de la obligación, el deudor deberá pagar una pena o multa que se denomina cláusula penal.

Bajo esta misma perspectiva, De Diego[3668] la concibe como «La convención por la que el deudor se obliga a realizar una prestación (generalmente a pagar una cantidad de dinero) para el caso de que aquél no cumpla la obligación principal de la forma, tiempo y lugar convenidos».

Por último, Casso[3669] comparte esta posición, al sostener que la cláusula penal es aquélla en que se estipula una prestación (generalmente de pagar una suma de dinero) a cargo del deudor y a favor del acreedor, para el caso de que aquél no cumpla lo que le incumbe o al cumplir contravenga el tenor de la obligación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3664 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 1009. [Texto correspondiente a la tercera edición]

3665 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.,* tomo I, p. 160.

3666 Albaladejo, Manuel. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Librería Bosch, 1980, tomo II, volumen II, pp. 249 y 250.

3667 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, pp. 238 y 239. Ludwig Enneccerus, Kipp y Wolf (Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 187) también aducen este parecer, al considerar cláusula penal a «[...] la prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente».

3668 Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* p. 20.

3669 *Idem.*

Por nuestra parte, creemos acertado considerar el carácter punitivo de la cláusula penal.

Sin embargo, lo hacemos cuidadosamente, pues la punición puede ser entendida como sanción justa o como sanción injusta o desproporcionada.

Creemos que en ambos casos la cláusula penal tendría función punitiva y, más allá de los sistemas de la mutabilidad o inmutabilidad de la institución, en los dos supuestos se admite el pacto de las penalidades que correspondan, en la realidad de los hechos, al monto de los daños y perjuicios causados o a montos que superen tales daños y perjuicios.

Creemos que la finalidad punitiva de la cláusula penal siempre estará presente, sea en un caso o en el otro, pero se apreciará con mayor nitidez su carácter sancionatorio cuando ella guarde desproporción, por exceso, con la prestación incumplida.

Por lo demás, resulta evidente que no podríamos hablar de una función punitiva en aquellas cláusulas penales diminutas, pactadas fundamentalmente con el objeto de limitar la responsabilidad del deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones, porque aquí no habría sanción alguna.

2.5. Función de simplificación probatoria de la cláusula penal

Parte de la doctrina[3670] observa en la cláusula penal, además del carácter compulsivo o indemnizatorio que presenta, un pacto relativo a la carga de la prueba del daño. En este orden de ideas, el acreedor podría exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar la existencia misma del daño, ni demostrar el *quantum* del perjuicio. Sin embargo, ella no se deberá si el deudor prueba que no se ha producido daño. Se trata, en suma, de una reversión de la carga probatoria.

No obstante, Kemelmajer de Carlucci[3671] sostiene que la función de simplificación probatoria no puede admitirse sin reservas en aquellos ordenamientos en los cuales el deudor no se libera, acreditando que el daño no se ha producido, como es el caso del Derecho argentino y del peruano.

El artículo 1343 del Código Civil peruano señala que la cláusula penal sólo podrá exigirse cuando el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, es decir, cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación o la haya cumplido irregularmente por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, salvo que mediara

3670 Se encuentran en esta línea de pensamiento, entre otros, Louis Josserand (Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 522 y 523), José León Barandiarán (León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones. Modalidades y efectos. Op. cit.*, tomo II, pp. 180 y 181), Julien Bonnecase (Bonnecase, Julien. *Op. cit.*, tomo II, pp. 435 y 436) y Elvira Martínez Coco (Martínez Coco, Elvira. *Op. cit.*, pp. 161 y 162).

3671 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 13. Lo expresado por la citada profesora se basa en el artículo 656 del Código Civil argentino.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pacto en contrario. Por eso no se exige, en principio, probar los daños y perjuicios sufridos.

Resulta evidente que la cláusula penal, dentro de sus funciones, tiene una de simplificación probatoria, en la medida en que si las partes efectúan un avalúo convencional y anticipado de los eventuales y futuros daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento irregular, tal avalúo tendría por objeto evitar el debate en un proceso judicial acerca de su existencia y cuantía.

Pensamos que dentro del terreno teórico, y sin entrar al análisis de la legislación nacional, la función de simplificación probatoria reviste gran utilidad, en tanto y en cuanto, como sabemos, la probanza del monto de los daños y perjuicios constituye uno de los temas de mayor dificultad en todo proceso judicial, en el que con frecuencia puede probarse la efectiva producción de dichos daños y perjuicios, pero no se llega a acreditar el monto o cuantía exacta de éstos.

El caso más notorio donde podría presentarse este problema es cuando los daños y perjuicios comprenden el daño moral, que, según parecer absolutamente mayoritario de la doctrina, resulta aquél de más difícil probanza en lo que respecta a su exacta magnitud.

También es evidente que la finalidad de simplificación probatoria de la cláusula penal se verá reforzada en aquellos sistemas que han recogido la inmutabilidad de la pena, en tanto que se atenúa en aquellos otros que han acogido la mutabilidad —absoluta o relativa— como regla.

2.6. Función resolutoria de la cláusula penal

De las diversas funciones que la doctrina suele asignar a la cláusula penal, la resolutoria es una de las más discutibles.

Es claro, para quienes están en desacuerdo con este principio, que la ejecución de la cláusula penal no implica la resolución del contrato, dado que la cláusula penal y la resolución contractual son dos figuras jurídicas distintas.

Por ello, corresponde analizar si la cláusula penal, cuando se hace efectiva, conduce a la resolución del contrato, fuente de la obligación principal.

Para tal efecto, precisa distinguirse si se trata de una cláusula penal compensatoria o moratoria.

Dentro de los supuestos susceptibles de presentarse en las cláusulas penales compensatorias, estaría aquél en el cual la obligación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la única que tenía que ejecutar el deudor o la más importante de todas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como hemos expresado, la cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

En tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreviniente al tiempo de su celebración. En este caso, analógicamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor.

Es claro que si la obligación principal ya no se debe, porque el acreedor perjudicado prefirió sustituirla por la penalidad pactada, el contrato seguiría existiendo, por ser válido, pero ya no surtiría efectos ni sería capaz de generarlos.

En tal sentido, dicha situación podría describirse como un acto de efectos similares a los de la resolución, pero sin ser, en estricto, un caso de resolución contractual.

Esta última afirmación obedece a que el Código Civil prescribe con claridad los supuestos de resolución contractual, que pueden tener carácter judicial o extrajudicial de conformidad con lo dispuesto por sus artículos 1428, 1429 y 1430. Y entendemos, por lo tanto, que si el acreedor perjudicado no acudiera a alguno de estos mecanismos, no podríamos hablar de una resolución contractual propiamente dicha.

Es factible, desde luego, que el acreedor perjudicado también recurra a resolver el contrato, utilizando los mecanismos legales correspondientes. En estos casos, no sólo tendremos una situación similar, en los hechos, a las consecuencias de la resolución de un contrato, sino que estaríamos ante un contrato jurídicamente resuelto.

Por otra parte, el incumplimiento de una obligación asegurada por una cláusula penal no siempre debe ser apreciado con carácter totalizante, vale decir que dicho incumplimiento no necesariamente va a determinar que el acreedor resuelva el contrato, pues podríamos imaginar la existencia de una relación contractual en la que el mismo deudor se comprometa a la ejecución de diversas prestaciones, de las cuales ejecute todas ellas menos una.

Siguiendo con el ejemplo anotado, sería factible que el acreedor aplique la penalidad compensatoria pactada para obtener la indemnización de la prestación incumplida, pero que se vea satisfecho con el cumplimiento de las otras prestaciones asumidas por el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, al acreedor le convendría que el contrato continúe surtiendo efectos, pues habría alcanzado sus intereses patrimoniales por la ejecución de las demás prestaciones cumplidas voluntariamente por el deudor, así como por el pago de la cláusula penal en sustitución de la prestación que el deudor incumplió.

Ahora bien, lo expresado se refiere, naturalmente, a un supuesto en el que la cláusula penal convenida hubiera tenido carácter compensatorio, y en este caso la aplicación de la pena no tendría como correlato, necesariamente, la voluntad de resolver la relación contractual.

Consideramos que si la prestación incumplida garantizada con la cláusula penal fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria, debido a que el acreedor, en muchos casos, carecería de interés en que el deudor siguiese ostentando jurídicamente tal condición.

La conclusión es distinta, sin duda, cuando la cláusula penal es moratoria. Aquí no se resuelve contrato alguno y el deudor, además de la penalidad por mora, deberá cumplir la prestación principal.

2.7. Función de pena acumulativa de la cláusula penal

Por su parte, Puig Brutau[3672] manifiesta que según los ordenamientos jurídicos, además de las funciones antes analizadas, la cláusula penal puede cumplir otras funciones adicionales, como es el caso de ser una pena acumulativa.

Tendría función de pena acumulativa cuando el ordenamiento permita la agravación de responsabilidad, consistente en pactar de manera expresa que el acreedor podrá pedir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena.

Por nuestra parte, pensamos que en lo que respecta a las cláusulas penales compensatorias, ellas carecen de función acumulativa, lo que queda en evidencia en el sistema italiano, dada la norma expresa que prohíbe su acumulación, contenida en el artículo 1383 del Código de 1942.

Situación contraria podemos apreciar cuando estamos en presencia de cláusulas penales moratorias, caso en el cual resultará clara la función acumulativa de la penalidad.

2.8. Función de pena de arrepentimiento de la cláusula penal

A decir de Puig Brutau, la cláusula penal también puede cumplir una función de pena de arrepentimiento, por lo que se reconoce la posibilidad de estipular

3672 Puig Brutau, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil*. 4.ª edición. Barcelona: Bosch, 1988, tomo II, volumen I, pp. 538-540.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

expresamente que el deudor pueda, a su libre arbitrio, librarse de la obligación principal pagando la pena convenida, es decir, que el deudor tiene el derecho de elegir entre cumplir la prestación principal o pagar el dinero de arrepentimiento.

Compartimos en parte la opinión de Puig Brutau. Si bien es verdad que la función de arrepentimiento no es considerada por la doctrina mayoritaria como propia de la cláusula penal, ella podría presentarse en ciertos casos.

El Derecho, como regla general, no ampara el arrepentimiento. Lo tolera como excepción.

Concretamente, recordamos el caso de las arras penitenciales o de retractación (artículos 1480 a 1483 del Código Civil peruano de 1984), propias de los contratos preparatorios.

Si un deudor decidiera incumplir su obligación, y ésta estuviese respaldada por una cláusula penal, en principio el acreedor tendría derecho a exigir al deudor el cumplimiento de la prestación principal en especie, vale decir, la ejecución de la prestación debida.

Lo expresado se presentará fundamentalmente en las obligaciones de dar en que es posible la ejecución forzosa de la prestación principal.

Sin embargo, en las obligaciones de hacer y de no hacer, en las que no se pueda exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (porque para ello el acreedor tendría que emplear violencia contra la persona del deudor), el acreedor deberá resignarse al incumplimiento de la prestación debida, pudiendo únicamente recurrir a la vía indemnizatoria que, en estos casos, estaría respaldada por la indemnización anticipada contenida en la cláusula penal.

Es a esta clase de obligaciones a las que entendemos se refiere Puig Brutau al afirmar que la cláusula penal puede tener una función de arrepentimiento, en la medida en que dicho arrepentimiento podría conducir al deudor a incumplir la obligación principal y cumplir con la penalidad pactada, porque es claro que en estas situaciones el acreedor no tendría expedito el camino de exigir el cumplimiento forzoso *in natura*.

2.9. Función de cobertura de riesgo de la cláusula penal

Puig Brutau agrega que la cláusula penal puede cumplir, además, una función de cobertura de riesgo cuando se pacta la posibilidad de que el deudor pague cierta suma, aun cuando la obligación resulte imposible por caso fortuito o fuerza mayor; es decir, existirá responsabilidad incluso en aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse, o que previstos fueran inevitables. No se tratará de una verdadera pena convencional —precisa el autor— sino de la cobertura de un riesgo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por nuestra parte, pensamos que la práctica no impone el pacto de cláusulas penales de este estilo. Sin embargo, resulta evidente que si la ley no prohíbe convenios de esta naturaleza, éstos estarán permitidos.

Lo objetable de esta tesis sería la naturaleza jurídica de la cláusula penal, pues la cobertura de riesgo se asemeja más a un contrato de seguro que a una penalidad, sobre todo si ésta comprende el resarcimiento por el incumplimiento del deudor en los casos en que no hubiera habido culpa ni dolo.

2.10. Función polivalente de la cláusula penal

En adición a lo expresado, conviene mencionar la posición que atribuye un carácter polivalente a la cláusula penal, en el sentido de que ésta cumple varias funciones a la vez.

Dentro de este orden de ideas, Gómez Calero[3673] expresa que la cláusula penal es una declaración de voluntad mediante la cual, y para predeterminar las consecuencias del incumplimiento de una obligación principal, se establece una prestación accesoria lo suficientemente onerosa como para mover al cumplimiento, prestación que, si éste no efectúa, sirve para sancionar a quien incumple y para satisfacer al perjudicado.

Concuerda con este parecer Lacruz Berdejo[3674], quien sostiene que la cláusula penal es la estipulación que impone sanciones para prevenir el incumplimiento; sanciones ordinariamente severas, destinadas a disuadir al posible incumplidor y a sustituir la evaluación de daños y perjuicios hecha *a posteriori* del incumplimiento, por una cantidad alzada convenida en el momento de contratar.

Tal como hemos expresado en páginas anteriores, consideramos que la cláusula penal tiene una función polivalente, pudiendo cumplir alguna, algunas o casi todas las funciones que hemos estudiado, en la medida en que ellas no sean contradictorias entre sí.

Si bien es cierto que las funciones compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal resultan las más relevantes dentro de las concepciones recogidas por la doctrina de nuestra tradición jurídica, no por ello deben descartarse otras funciones, como la punitiva, de simplificación probatoria, resolutoria, acumulativa, de arrepentimiento y moratoria, pues cada una de ellas tiene la importancia y las limitaciones que hemos analizado.

No mencionamos la función de cobertura de riesgo, pues consideramos, como antes fue señalado, que ella es ajena a la naturaleza jurídica de la cláusula penal.

3673 Gómez Calero, Juan. *Contratos mercantiles con cláusula penal*. Madrid: Civitas, 1980, pp. 30 y 58. Citado por Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 24.

3674 Lacruz Berdejo, José Luis. *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1980, p. 292.

Sobre este particular, la jurisprudencia nacional[3675] ha establecido que: la cláusula penal puede ser estipulada para uno de los siguientes fines: a) para el caso del incumplimiento total de la obligación (pena compensatoria); b) para el caso de mora (pena moratoria); y c) para seguridad de alguna cláusula o estipulación concretamente señalada; de allí que la cláusula penal sea distinguible en: compensatoria y moratoria, dependiendo de si tiene por objeto compensar los daños y perjuicios derivados por el incumplimiento o compensar tan sólo los originados por la mora.

2.11. Conclusiones en torno a la funcionalidad de la cláusula penal en el marco de la legislación peruana

Para finalizar esta parte de nuestro estudio, y tal como lo adelantáramos en sus palabras iniciales, nos corresponde confrontar el primer y segundo acápites del presente trabajo, analizando la funcionalidad de la cláusula penal en el marco concreto del Código Civil peruano de 1984.

Para tal efecto, vamos a referirnos a cada una de las funciones que en teoría cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.

En cuanto a la función compulsiva de la cláusula penal, como hemos mencionado oportunamente, estará presente como un elemento que refuerce el cumplimiento de las obligaciones sin constituir, en estricto, una garantía en términos jurídicos.

Dentro del régimen legal peruano, tal como lo establecen los artículos 1341 y 1342 del Código de 1984, la función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria como moratoria.

Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).

Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago.

Desde el punto de vista de la función compulsiva de la cláusula penal, si ella fuere compensatoria, el carácter compulsivo estaría dado en conducir a que el deudor no incumpla con la prestación debida y a que no la cumpla de manera parcial o defectuosa. En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

En cambio, la cláusula penal moratoria tendrá como función compulsiva el hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

3675 Casación n.° 761-2003-Lima.

Resulta claro que la norma contenida en el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, relativiza —de alguna manera— la función compulsiva de la cláusula penal, en la medida en que al haber adoptado el Código Civil peruano de 1984 el sistema de la mutabilidad relativa, en la práctica se dan numerosos casos de deudores que, siendo conscientes de la posibilidad legal de alegar el exceso de la penalidad, decidan no cumplir o cumplir tardíamente, teniendo abierta la posibilidad para reclamar judicialmente la reducción de la pena.

De otro lado, no hay que olvidar que la parte final del artículo 1346 del Código Civil permite al deudor solicitar al juez que proceda a reducir equitativamente la pena cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida, situación que si bien no es discutida en el plano teórico por la doctrina, sí constituye un factor que resta atribuciones compulsivas a la cláusula penal pactada.

En adición a lo expresado, debemos recordar que la reducción de la cláusula penal viene siendo interpretada por los tribunales peruanos de manera subjetiva, vale decir, con prescindencia de los medios probatorios que, teóricamente, deberían aportar los deudores incumplientes para demostrar que la penalidad tenía carácter excesivo.

En esa línea, cabe señalar que, estudios posteriores sobre el tema, como el realizado por Jorge Carrillo, coinciden en que la situación sigue siendo la misma[3676].

El doctor Felipe Osterling en un articulo del año 2005 señalaba que el deudor esta obligado a la probanza para la reducción de la clausula penal

Esta situación ha conducido a que el tema se deje al arbitrio subjetivo de los tribunales de justicia, con la «comodidad» para el deudor que alega el exceso de la pena de no tener, necesariamente, que probar la existencia de dicho exceso.

Será evidente, por lo demás, que en la mayoría de los casos el acreedor se encontrará en una situación incómoda, pues de no haber pactado la indemnización por daño ulterior, el proceso judicial iniciado por el deudor se reduciría a que este último probase un monto menor a la pena pactada por concepto de indemnización por daños y perjuicios; o, en todo caso, que tal deudor nada pruebe y deje a criterio de los jueces el efectuar una valoración equitativa, reduciendo el monto de la penalidad, si la considerara excesiva.

En segundo lugar, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que ésta tiene una

3676 Carrillo Rodríguez, J. L. 2019. «La cláusula penal en la jurisprudencia nacional». En *Ius Vocatio*, *2*(2), 33-42. https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v2i2.485
[Texto correspondiente a la tercera edición]

finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil.

En adición, hacemos hincapié en que la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder, en su monto, a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva.

Si la cláusula penal fuere diminuta y no se hubiere pactado la indemnización del daño ulterior, resulta evidente que el acreedor no podría demandar el aumento de la pena estipulada, y aquello que cobre indemnizará parcialmente los daños y perjuicios causados. En tal sentido, por más que la indemnización de los daños y perjuicios fuera sólo parcial, resulta indudable que la cláusula penal seguiría teniendo función indemnizatoria.

Y, en el otro extremo, si la cláusula penal fuese excesiva en comparación con los daños y perjuicios causados, pero el deudor, por los motivos que fuere, no solicitara su reducción, dicho deudor tendría que pagarla en su integridad. En este caso, si bien es cierto que el deudor pagará una indemnización mayor que los daños y perjuicios realmente causados, ésta indudablemente también cumplirá una función indemnizatoria. La tendrá en la parte correspondiente a los daños y perjuicios realmente causados (lo que resulta obvio), pero también en lo que respecta a los daños no causados, pues la cláusula penal constituye un pacto anticipado de indemnización ante un eventual incumplimiento del deudor.

En adición, si el deudor no reclama ante los tribunales la eventual reducción de la penalidad convenida, tal renuncia constituye, en nuestro concepto, una ratificación tácita de que los términos pactados como penalidad constituyen fiel reflejo de aquéllos que posteriormente se causaron.

Como ha sido señalado en la primera parte de nuestro análisis de este tema, la tercera función que la doctrina asigna a la cláusula penal es la punitiva o sancionatoria.

Resulta evidente que una penalidad tendría función punitiva en la medida en que el monto de ésta exceda la cuantía real de los daños y perjuicios ocasionados, pero que, adicionalmente, se llegue a pagar por el deudor incumpliente.

Ahora bien, si tenemos en consideración las facultades que el Código Civil de 1984 otorga al deudor para solicitar judicialmente la reducción de la penalidad, por estimarla manifiestamente excesiva, y si el deudor lograse que ésta se redujera, ello nos demostraría que el sistema adoptado por el Código nacional puede conducir a que la cláusula penal carezca de función punitiva.

Por otra parte, la función punitiva podría mantenerse vigente en la medida en que el deudor, a pesar de que los daños y perjuicios sean menores que la penalidad pactada, no reclame su reducción. En estos casos, se debería entender que dicho deudor estaría aceptando tácitamente ser sancionado con la penalidad pactada.

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

Pero debemos reconocer que este último supuesto resultaría, en la práctica, sumamente extraño, y que en el Perú la función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra relativizada.

En cuarto lugar, hemos mencionado que la doctrina asigna a la cláusula penal una función de simplificación probatoria.

En efecto, como sabemos, se critica al Código Civil de 1984 porque la posibilidad de modificar el monto de la penalidad desnaturalizaría la institución bajo análisis, pues si el deudor puede solicitar su disminución cuando fuera manifiestamente excesiva, y si se faculta al acreedor para pedir el aumento de la penalidad cuando fuese diminuta (en caso de pacto de daño ulterior), las partes tendrían que ingresar, necesariamente, a la probanza de los daños y perjuicios, lo cual importa incurrir en lo que se quiso evitar mediante la estipulación de la cláusula penal.

Dicho en otros términos, ¿qué sentido tendría pactar una penalidad si, una vez verificada la inejecución, las partes se verían irremediablemente sumergidas en un engorroso proceso en el que tendrían que demostrar que los daños derivados del incumplimiento son en verdad mayores o menores —dependiendo del caso— que el monto de la cláusula penal?

Cabe señalar que este problema no se soluciona atribuyendo a quien solicite la modificación de la pena, la carga de probar que los daños infringidos sean mayores o menores que la penalidad pactada. En efecto, en los supuestos en que se solicite la reducción del monto de la pena, el deudor tendrá la carga de probar que los daños derivados de la inejecución son menores a la suma pactada.

Sin embargo, un acreedor diligente, consciente de la posibilidad de que se reduzca el monto de la pena, de todas maneras entrará al tema probatorio, aun cuando esta carga no le sea impuesta legalmente, a efectos de demostrar que los daños sufridos coinciden con el monto establecido en la cláusula penal o que, incluso, son superiores a dicho monto.

Lo propio ocurre en el supuesto en que se solicite el aumento de la penalidad (por haberse pactado una cláusula de indemnización por daño ulterior), habida cuenta de que, aun cuando el acreedor tenga que demostrar que los daños resultantes de la inejecución se encuentran por encima de la pena pactada, el deudor —qué duda cabe— buscará demostrar que la cláusula penal no solamente es suficiente sino, inclusive, excesiva, solicitando su reducción proporcional.

En ambos casos, la probanza de los daños y perjuicios es inevitable.

Por otra parte, un sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene una función resolutoria.

No deseamos repetir conceptos ya expresados al tratar en la primera parte la referida función. Simplemente diremos que las ideas allí vertidas resultan de plena aplicación al régimen legal impuesto por el Código Civil peruano de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Luego, otro sector de la doctrina señala que la cláusula penal tiene la función de pena acumulativa.

En el caso del Código Civil peruano, y salvo que se hubiese pactado algo distinto, sólo podría cumplir función de pena acumulativa, en la medida en que se tratara de una cláusula penal moratoria, ya que el cobro de ésta resultaría independiente del cobro de la prestación principal.

El Código nacional señala expresamente este concepto en su artículo 1342, precepto que establece que «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación». Pero, independientemente del texto citado, para nosotros es claro que ello fluye de la propia naturaleza de la institución.

Por otra parte, si la cláusula penal fuese compensatoria, y a pesar de que la citada norma no lo diga, se desprende de la naturaleza de la cláusula penal el que ésta no pueda acumularse a la prestación *in natura,* prohibición que, en cambio, sí es establecida expresamente por el artículo 1383 del Código Civil italiano de 1942.

Recordamos, a continuación, que un sector de la doctrina sostiene que la cláusula penal cumple la función de pena de arrepentimiento.

En principio, la cláusula penal no tiene como objeto primordial constituir una pena de arrepentimiento, encontrándose históricamente centrada dicha función en las arras penitenciales o de retractación, tema regulado por los artículos 1480 a 1483 del Código Civil peruano de 1984, del texto siguiente:

> Artículo 1480.- La entrega de las arras de retractación sólo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos.
>
> Artículo 1481.- Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante.
>
> Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho.
>
> Artículo 1482.- La parte que recibe las arras puede renunciar al derecho de retractación.
>
> Artículo 1483.- Si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.

Como percibirá el lector, si bien es cierto que al analizar el tema en términos generales le hemos negado a la cláusula penal, como una de sus funciones primordiales, la de ser una pena de arrepentimiento, hemos admitido que la puede tener con carácter subsidiario, en la medida en que, tratándose de una cláusula penal compensatoria, el acreedor perjudicado no pueda exigir el cumplimiento

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

in natura de la prestación incumplida, sea porque ésta devino en imposible por culpa del deudor o porque para su ejecución se tendría que emplear violencia contra la persona del deudor.

Esta última situación se planteará, fundamentalmente, en aquellas obligaciones de hacer y de no hacer cuyo cumplimiento se encuentre respaldado por una cláusula penal.

Para tal efecto, podemos citar lo dispuesto por los artículos 1150 y 1158 del Código Civil peruano, referidos a las obligaciones de hacer y de no hacer, respectivamente, cuando expresan que su incumplimiento por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar, entre otras medidas, por exigir la ejecución forzada del hecho o abstención prometidos, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.

Finalmente, hemos apreciado en la primera parte que la doctrina asigna a la cláusula penal una función moratoria.

Sobre esta materia no vamos a reiterar conceptos y nos limitaremos a expresar que las doctrinas generales sobre el tema resultan de entera aplicación al Derecho peruano, en especial por lo establecido en el artículo 1342 del Código de 1984.

De lo expuesto en esta tercera parte de nuestro estudio se infiere que existe concordancia entre la teoría general de la funcionalidad de la cláusula penal y su aplicación dentro del marco normativo del Código Civil peruano, cumpliendo una función polivalente.

Todo ello, incluso, no obstante la presencia de la primera parte del artículo 1346, norma que permite al deudor solicitar al juez la reducción equitativa de la pena, entre otros supuestos, cuando ella sea manifiestamente excesiva.

Sí creemos, empero, que dicha norma atenta contra algunos aspectos de la funcionalidad de la cláusula penal y, como lo hemos mencionado oportunamente, nos reiteramos como partidarios de las bondades de la fórmula adoptada por el Código Civil brasileño de 1916, indebidamente modificada, a nuestro juicio, por el Código que entró en vigencia a comienzos del 2003.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Función moratoria de la cláusula penal

Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

1. Fuentes nacionales del artículo 1342

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 34, Título XI, Partida Quinta: «*Fueras ende, si quando fizo la promission se obligo, diziendo que fuesse tenudo a todo; a pechar la pena, e a cumplir la promission en todas guisas, quantas vegadas viniesse contra el pleyto. Ca estonce bien se puede demandar la pena, e la cosa prometida*».

El artículo 1342 del Código 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 tres de sus normas, los artículos 820: «Cláusula penal es aquélla por la que, para la seguridad de un convenio, se obliga una persona a alguna cosa en caso de faltar a su compromiso»; 822: «El acreedor en lugar de pedir al deudor moroso la pena estipulada, puede exigir de él la ejecución de la obligación principal»; y 823: «La cláusula penal es una compensación de los intereses y daños, que el acreedor sufre por no haber cumplido la obligación. Por una simple demora no puede exigirse el principal al mismo tiempo que la pena, a menos que se haya estipulado así».

Por su parte, el Código Civil de 1852, abordaba la materia en su artículo 1301: «Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora o falta de cumplimiento»; en tanto que el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en sus artículos 1562: «Cuando, a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación, se impone al obligado, por vía de pena, una carga o multa para el caso de no realizar, o de sólo retardar aquel cumplimiento, se dice que hay en la obligación cláusula penal»; 1566: «Tiene efecto la cláusula penal puesta para asegurar una obligación cuyo cumplimiento no puede exigirse judicialmente, si la obligación no es prohibida por la ley»; 1572: «En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario»; y 1576: «Aunque el deudor incurra en mora, el acreedor no puede pedir a la vez el cumplimiento de la obligación,

FONDO MANUEL CASTILLO FREYRE

y la aplicación de la pena, sino únicamente ésta, o aquél, a su elección; a menos que se haya establecido que la pena es para el caso de simple retardo, o que, por la aplicación de ella, no se entiende extinguida la obligación».

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba sobre el particular en sus artículos 183: «La cláusula penal puede referirse a la ejecución completa de la obligación, o de alguna cláusula especial, o simplemente a la mora»; y 185: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de alguna cláusula determinada, tendrá el acreedor el derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en sus artículos 174: «La cláusula penal puede referirse a la ejecución completa de la obligación, o de alguna cláusula especial, o simplemente a la mora»; y 176: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de alguna cláusula determinada, tendrá el acreedor el derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal».

De otro lado, precisa mencionarse que el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936 abordaba el tema en el artículo 1216: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la obligación principal»; mientras el Código Civil de 1936 lo hacía en su artículo 1225: «Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal».

Finalmente, 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 75: «El acreedor no puede demandar conjuntamente la prestación principal y la pena, si ésta no hubiera sido estipulada para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado»; en tanto el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 197: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, se aplican reglas similares a las previstas por el artículo anterior, manteniéndose expedito el derecho del acreedor para exigir, adicionalmente, el cumplimiento de la obligación»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1360: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, se aplican reglas similares a las previstas por el artículo anterior, manteniéndose expedito el derecho del acreedor para exigir, adicionalmente, el cumplimiento de la obligación»; y el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1309: «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación».

DERECHO PARA PASTOR

2. Análisis

Puig Brutau reflexiona en el sentido de que según cada ordenamiento legislativo, la cláusula penal puede cumplir una función de pena moratoria cuando se conviene por medio de ella que se liquide por anticipado el daño que pueda resultar si el deudor incurre en mora.

Añade que su reclamo será compatible con el de la obligación principal, ya que la indemnización por mora siempre tiene esa compatibilidad, y lo mismo ha de suceder cuando la pena convencional sustituye mediante pacto a la indemnización por mora. Será normal —afirma Puig Brutau— que la cuantía de la sanción se haya establecido en proporción a los días de retraso.

El ordenamiento jurídico peruano recoge expresamente esta función de la cláusula penal en el artículo 1342 del Código Civil.

Necesariamente coincidimos con el pensamiento de Puig Brutau, cuando la función moratoria de la cláusula penal se restringe única y exclusivamente a aquellas penalidades destinadas a indemnizar la mora en el pago. Esa función, desde luego, es ajena a las cláusulas penales de naturaleza exclusivamente compensatoria.

Sobre este particular, la jurisprudencia nacional[3677] ha establecido lo siguiente: el artículo 1342 prevé que al vencimiento del contrato, si es que no se devuelve el inmueble, se devenga el pago de la penalidad, no estableciendo ni exigiendo que se requiera previamente la remisión de una carta notarial; tal es así, que la misma norma establece que el cobro de la penalidad no importa la continuación del contrato de arrendamiento.

Asimismo, se ha establecido que cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación[3678].

3677 Casación n.° 2574-2004-Lima.
3678 Expediente n.° 203-97-Lima.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Exigibilidad de la cláusula penal

Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.

1. Fuentes nacionales del artículo 1343

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 regula el tema en sus artículos 1572: «En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario»; y 1573: «El acreedor, para pedir la aplicación de la pena no tiene obligación de probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, aunque acredite que aquél no los ha sufrido».

Por su parte, el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 trataba el tema en el artículo 181: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.— El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva»; en tanto el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 172: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.— El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1214: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.— El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1224: «Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 no regulaba el tema, en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en su artículo 198: «La pena se debe independientemente de la prueba del daño. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario»; el Proyecto

ESTUDIO DE CASTILLO FREYRE

de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1361: «La pena se debe independientemente de la prueba del daño. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 en el artículo 1310: «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario».

2. Análisis

Este tema responde a la interrogante de cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que el acreedor tenga derecho a reclamar la pena convencional.

2.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o lugar de la obligación principal

Kemelmajer de Carlucci[3679] sostiene que el primer presupuesto para que sea exigible la cláusula penal es que exista un vínculo jurídico nacido con anterioridad al hecho que motiva la aplicación de la pena; es decir, una obligación principal previa que el deudor incumplió o cumplió parcial, defectuosamente, fuera de tiempo, lugar o modo convenido (esto depende de los diversos tipos de cláusula que pudieron pactarse).

En esta línea de pensamiento, Manresa y Navarro[3680] señala que es indudable que para la procedencia del pago de la pena basta el incumplimiento de la obligación principal, y esto no sólo cuando conserva aquélla su carácter estricto de sanción (que entonces es evidente), sino también cuando tiene el de medio reparatorio de daños y perjuicios.

Este incumplimiento del que habla Manresa ha de ser entendido en su más amplio sentido, precisando al respecto Díez-Picazo[3681] que «La prestación de la pena se hace exigible en los casos de incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de retraso en la ejecución de la obligación principal».

Utilizando los mismos conceptos, Ospina Fernández[3682] señala que siendo así que la obligación penal, por su naturaleza, es condicional, en cuanto está subordinada al hecho futuro e incierto de que el deudor de la obligación principal no dé cumplimiento a ella o lo retarde, antes de realizarse este evento condicionante el acreedor sólo tiene acción para exigir esa obligación principal; su derecho a cobrar la pena sólo nace con el acaecimiento de la condición y no antes.

3679 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 175.
3680 José María Manresa y Navarro, citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 158 y 159.
3681 Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial. Op. cit.*, volumen II, p. 575.
3682 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 160 y 161.

El mismo autor añade que si la obligación principal es negativa, se incurre en la pena desde que el deudor ejecuta el hecho por el cual se ha obligado a abstenerse; pero si la obligación principal es positiva no basta el solo retardo del deudor, sino que es necesario, además, que éste quede constituido en mora, o sea, que la mora marca el momento en que ya se sabe de cierto que se ha realizado la condición suspensiva de la cual pende la exigibilidad de la pena.

Ospina Fernández finaliza destacando la similitud entre la exigibilidad de la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, ya que respecto de ésta la mora del deudor también se requiere cuando la obligación es positiva, mientras que basta la sola contravención cuando dicha obligación es negativa.

También debe tenerse en cuenta, como lo pone de relieve Albaladejo[3683], que si bien para que se dé la exigibilidad de la cláusula se ha de tratar del cumplimiento inexacto o incumplimiento de la obligación principal (sea éste total o parcial) asegurada con la pena y no de otros complementarios, accesorios o secundarios de ésta, no quiere decir esto que no proceda la pena por incumplimiento de obligaciones complementarias, accesorias o secundarias (en relación con la principal del caso), cuando tal pena se estableció para el incumplimiento de éstas (por ejemplo, la pena dispuesta, no para la obligación de entregar la cosa, sino para la de entregar su documentación). Lo cual equivale a decir que, a estos efectos, el término «obligación principal» no ha de entenderse en su sentido riguroso o estricto, sino en un sentido amplio, dependiendo de las partes tal calificación de «principal», que puede corresponder a una obligación que, en sí misma, sea complementaria, accesoria o secundaria de otra.

Comparte lo expresado Ruiz Vadillo[3684], quien manifiesta que no debe considerarse incumplimiento el que afecta circunstancias irrelevantes que no fueron determinantes de la voluntad de las partes, ya que «El incumplimiento debe afectar lo esencial de la obligación prevista por los celebrantes del acto».

Por nuestra parte, en torno al incumplimiento de las obligaciones como primer requisito de exigibilidad de la cláusula penal, no compartimos el parecer de los autores que piensan que el incumplimiento debe recaer sobre alguna prestación de carácter principal, y que la penalidad no resulta exigible cuando el incumplimiento recae sobre una obligación de menor importancia.

Con absoluta independencia de la posibilidad que brinda el artículo 1346 del Código Civil, en el sentido de que el deudor podrá exigir la reducción de la pena cuando considere que ha ejecutado parcial o defectuosamente la obligación, resulta evidente que podrá exigirse la penalidad no obstante que el incumplimiento se haya derivado de una obligación de menor importancia; naturalmente, si ella estuviera comprendida dentro de aquellas obligaciones a que accede la cláusula penal.

3683 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, pp. 183 y 184.

3684 Enrique Ruiz Vadillo, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 175.

Dentro de tal orden de ideas, es claro que el acreedor perjudicado no podría exigir la ejecución íntegra de la pena, pues el resto de prestaciones u obligaciones objeto del referido contrato habrían sido cumplidas.

Por lo demás, no resultaría procedente empezar a distinguir entre el incumplimiento de obligaciones que puedan calificarse como «importantes» y el incumplimiento de obligaciones susceptibles de denominarse como «poco importantes», en la medida en que ingresaríamos a un terreno fundamentalmente subjetivo, en el cual resultaría muy difícil distinguir cuándo nos encontraríamos ante obligaciones cuya inejecución diera lugar al reclamo de las penalidades pactadas y cuándo no.

En el Derecho de Obligaciones, todas las relaciones jurídicas obligatorias garantizadas con cláusulas penales deben considerarse de igual importancia. Al fin y al cabo, dentro de la legislación nacional resultará aplicable la primera parte del artículo 1346 del Código Civil, precepto que establece que el deudor podrá solicitar judicialmente la reducción de la pena cuando el cumplimiento hubiese sido parcial, tardío o defectuoso.

2.2. Constitución en mora del deudor

Con relación al supuesto de constitución en mora del deudor, afirma Albaladejo[3685] que en las obligaciones de dar o hacer, la pena no puede ser exigida hasta que el deudor incurra en mora, lo que por lo general no se produce automáticamente desde que llega el momento de cumplir y no se cumple, sino cuando llegado aquél, el acreedor exige el cumplimiento. Claro que puede pactarse que, llegado tal momento y no cumpliéndose, se incurra en la pena automáticamente sin necesidad de que sea exigido el cumplimiento.

2.2,1. Las reglas de Kemelmajer de Carlucci

Con relación a este tema, consideramos conveniente recoger el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci[3686], quien formula determinadas reglas que vamos a mencionar seguidamente, pero que, a la vez, constituirán materia de nuestros propios comentarios.

En primer lugar, sostiene que cuando el plazo fijado para el cumplimiento de la obligación principal es esencial o perentorio, el deudor debe la pena por el solo acaecimiento de aquél. Es decir, expresa que: «Si la cláusula penal se adjunta a la obligación de ejecutar un concierto en determinada fecha aniversario, es evidente que el simple incumplimiento hará que se deba *ipso facto* la pena, puesto

3685 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 187.
3686 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 200-213.

que la obligación principal es de aquéllas que no admiten demora ni tardanza en su ejecución».

Agrega que esta simple regla requiere algunas aclaraciones, ya que operado el vencimiento del término fijado para el cumplimiento de la principal, se produce su «incumplimiento», pues no puede hablarse estrictamente de estado de mora porque no habrá en definitiva cumplimiento tardío.

Por nuestra parte, coincidimos con lo previsto por Kemelmajer de Carlucci, ya que el ejemplo citado por ella definitivamente constituye un caso en el cual no podría hablarse de mora, sino de incumplimiento de la obligación, por cuanto la mora supone la posibilidad de cumplimiento futuro, hecho que escapa a aquellos supuestos en los cuales dicho cumplimiento no tendría ni sentido ni utilidad.

Sin embargo —precisa la profesora citada—, además del incumplimiento de la obligación principal, se opera no sólo la exigibilidad de la cláusula penal, sino también su mora. En este sentido manifiesta que «La exigibilidad es un presupuesto del estado de mora, pero no se identifica con él». Es decir, resulta factible pactar que no obstante el vencimiento del término que torna exigible a la obligación, será necesaria la interpelación para colocar en mora al deudor, ya que conceptualmente una cosa es la exigibilidad y otra la mora.

Por ello, Kemelmajer de Carlucci señala que es menester explicar por qué, en algunos casos, el estado de incumplimiento se identifica con el de la mora, salvo que la cláusula penal estuviese sometida a plazo o condición. En esta línea de pensamiento, expresa que se trata de un supuesto de mora *ex re* en la obligación de pagar la cláusula penal, porque la esencialidad del plazo previsto para el cumplimiento de la principal «trasciende», «se traslada», «tiñe» a la accesoria.

Siguiendo este criterio, afirma que no encuentra fundamento para colocar sobre el acreedor la carga de interpelar. Además, añade que no existe razón legal para que no pesen sobre el deudor los riesgos de la contratación en su plenitud (o sea, tanto en sus elementos esenciales como accidentales) desde el momento en que se produce el incumplimiento en el término perentorio determinado.

Para visualizar lo expresado, la profesora argentina recoge el siguiente caso: una persona se obliga a transportar un caballo al hipódromo el día fijado en que se corre un gran premio, bajo sanción de que si el animal no llega en el día determinado, el acarreador deberá pagar una pena cuyo objeto consiste en dos potrillos pura sangre que tiene en su *stud*.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci considera que si el deudor incumple la obligación de trasladar, cae también en mora en su obligación de dar los dos potrillos; por eso, si éstos mueren al día siguiente, aun por caso fortuito, deberá su valor, aunque el acreedor de la pena no lo hubiese interpelado para que entregara

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la accesoria (supuesto recogido por el artículo 1336[3687] del Código Civil peruano, referente a la responsabilidad del deudor en caso de mora).

Kemelmajer de Carlucci finaliza afirmando que cuando la pena no está sometida en sí misma a una modalidad, la mora se produce juntamente con la de la obligación principal.

Por nuestra parte, señalamos que debe tenerse cuidado al analizar los supuestos en los cuales la jurista argentina distingue la mora de la obligación principal y la mora de la cláusula penal.

Vamos a expresar opinión al respecto.

En el régimen legal peruano, teniendo en consideración que la regla adoptada por el Código Civil en su artículo 1333 es la mora por intimación y no la mora automática, debemos concluir en que un deudor no se encontrará en mora por el incumplimiento de su obligación si no se hubiese producido la intimación o requerimiento por el acreedor, a menos que se hubiese generado alguno de los casos de mora automática.

Dentro de tal orden de ideas, asumiendo que el deudor se encuentre en mora, ello implicará que el acreedor ya pueda exigirle el cumplimiento de la penalidad moratoria.

Ahora bien, cabe preguntarse, si llegara esta eventualidad y el acreedor no exigiera el cumplimiento de la penalidad moratoria, cuál sería la situación que se presentaría, jurídicamente hablando.

A nuestro modo de ver, resultará evidente que siguiendo la regla general, el acreedor estaría prorrogando el plazo de cumplimiento de la obligación asumida por el deudor. Ello no tiene nada de particular, en la medida en que el cumplimiento de las obligaciones con cláusula penal se rige, igualmente, por las disposiciones generales relativas a cualquier obligación.

Esto significa que el acreedor de la penalidad moratoria podría exigir su cumplimiento en el momento que lo considere pertinente.

Por otra parte, si no se constituyera en mora al deudor por el incumplimiento de la obligación principal, no se encontraría en mora y, por lo tanto, no se le podría exigir el pago de una cláusula penal moratoria.

Dentro de ese orden de ideas, cuando el deudor sea constituido en mora por el incumplimiento de la obligación principal, de manera automática se derivarán

3687 El artículo 1336 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente: «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».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sobre la penalidad las consecuencias moratorias, no teniéndose que exigir, necesariamente, su pago.

Así, no encontramos, a diferencia de Kemelmajer de Carlucci, sustento para considerar la importancia o no del cumplimiento oportuno de la penalidad, a fin de asignarle consecuencias de orden moratorio.

Creemos que el tema debe regirse exclusivamente por los principios que acabamos de precisar.

En segundo lugar, Kemelmajer de Carlucci formula la siguiente regla para el supuesto en que la obligación principal estuviese sometida a plazo cierto.

El deudor debe la pena y la principal por el solo vencimiento del término. La solución inversa, indica, supondría una contradicción, porque la pena, en lugar de hacer más fuertes los derechos del acreedor, los debilitaría. Resulta, pues, que si la obligación no está reforzada mediante una cláusula penal, el deudor cae en mora por el solo vencimiento del término, en tanto que si lo está, se requiere la interpelación. Tal ilógica solución nos convence de que si la obligación es a plazo cierto, se haya o no estipulado una cláusula penal, el deudor se encuentra en mora por el solo vencimiento del término y este simple paso del tiempo torna exigible la cláusula penal.

La profesora argentina concluye señalando que esta exigibilidad produce también la constitución en mora de la obligación que contiene el negocio cláusula penal, pues si se sostuviese lo contrario, la necesidad de interpelación eliminaría la función aflictiva de la pena, permitiendo al deudor nuevas dilaciones. Por ello, afirma que el plazo fijado para la principal trasciende a la cláusula penal y debe considerarse que éste también ha sido fijado para la accesoria, salvo que ésta estuviese sometida a alguna modalidad.

El razonamiento de Kemelmajer de Carlucci no tendría la misma aplicación en el ámbito del Derecho peruano.

No debe confundirse el que una obligación tenga un plazo señalado para su cumplimiento, con el hecho de que el incumplimiento de ese plazo determine que el deudor se encuentre automáticamente en mora. Esto sólo significaría que la regla que imperaría en estos casos sería la de la mora automática y no la de la mora por intimación o requerimiento, concepto este último acogido —salvo excepciones— por la ley peruana.

Sin embargo, si nos encontrásemos en el supuesto previsto por el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, vale decir, que las partes hubiesen pactado la constitución en mora automática por el solo vencimiento del plazo, sí podría exigirse de inmediato la penalidad moratoria pactada por las partes.

En tercer lugar, Kemelmajer de Carlucci analiza el supuesto de la obligación principal sometida a plazo incierto y concluye expresando que si la obligación principal estuviese sometida a plazo de esa naturaleza, será necesario que el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acreedor comunique al deudor el advenimiento del hecho para que se torne exigible la cláusula penal. Esta posición encuentra fundamento en el principio de la buena fe contractual, en razón de que el deudor puede desconocer el acaecimiento del hecho previsto por las partes, precisamente por tratarse de circunstancias que aunque deben acaecer necesariamente, no se conoce cuándo ocurrirán.

Nosotros consideramos que cuando la jurista argentina alude a las obligaciones con plazo incierto puede estar refiriéndose a las obligaciones con plazo determinable.

Una obligación será con plazo determinable, cuando él vaya a ser determinado en el futuro por un acontecimiento que dependa de un hecho ajeno a las partes o de la simple decisión del acreedor. En este último caso, correspondería al acreedor indicar el término final del plazo.

Además, dada la naturaleza del tema bajo tratamiento, resulta evidente que nos encontramos en presencia de un plazo determinable de carácter suspensivo y no resolutorio.

Dentro de tal orden de ideas, es evidente que si el deudor no tomara conocimiento del hecho que tornara en determinado el plazo determinable, ya sea porque no llega a conocer el evento al cual estamos haciendo referencia o porque el acreedor no pone en su conocimiento el advenimiento de dicho evento (si el mismo estuviera en su esfera de conocimiento), o si el acreedor no comunicara al deudor su decisión de tornar en cierto el plazo incierto o determinable, no podríamos hablar de la posibilidad de que el acreedor hiciera exigible el cumplimiento de la obligación del deudor, por la sencilla razón de que este último no sabría cuándo la tendría que cumplir.

Siguiendo este razonamiento, podríamos imaginar el caso en el cual el deudor ya hubiese tomado conocimiento del vencimiento del plazo determinable y, aun así, no cumpliera con su obligación.

En este supuesto habría que tener cuidado para dar una solución al respecto, en la medida en que no se podría identificar el conocimiento del vencimiento de dicho plazo por parte del deudor, con la exigibilidad por parte del acreedor para que el deudor cumpla con su obligación.

No dudamos de que ambos momentos serían susceptibles de identificarse, en la medida en que el acreedor podría exigir al deudor el cumplimiento de su obligación al mismo tiempo en que le comunica que el plazo se ha tornado en cierto (cualquiera que fuere la razón que ha llevado a que se presente esta solución); pero no debe partirse de la idea de que estos dos momentos son necesariamente indesligables.

Así las cosas, para nosotros resulta claro que al tema del plazo determinable deben aplicarse las consideraciones generales sobre mora en las obligaciones con cláusula penal, que antes hemos analizado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En cuarto lugar, la profesora argentina formula la regla siguiente para el caso de la obligación principal sometida a plazo tácito: si la obligación principal está sometida a plazo tácito, el deudor no debe la pena sino a partir de la interpelación efectuada por el acreedor. Añade, asimismo, que aunque se trate de una pena compensatoria no acumulable a la principal, bastará con que el acreedor intime al cumplimiento de la principal, siendo innecesario un nuevo requerimiento. Es decir, aun cuando en la interpelación requerida para constituir la mora, el acreedor no haya hecho constar que opta por una u otra prestación, el deudor habrá caído en mora tanto en su obligación de pagar la principal, como en la de satisfacer la pena, pues si quiso liberarse de ella debió consignar la principal con todos sus accesorios.

En nuestra opinión, el razonamiento de Kemelmajer de Carlucci presenta algunas imprecisiones.

Si se tratara de una obligación principal cuyo cumplimiento estuviese sujeto a un plazo tácito suspensivo, el hecho de que sea tácito implicará necesariamente que, a pesar de no haberse indicado de manera expresa, se inferirá con claridad la existencia de dicho plazo y sus características.

Entonces, las reglas a aplicarse en el supuesto de que el plazo sea tácito, serán las mismas que aquéllas que hemos señalado para el caso en que el plazo se hubiese pactado de manera expresa.

En ambos casos resultará necesario, entonces, que el acreedor constituya en mora al deudor, dada la regla general del Código Civil peruano, salvo que nos encontremos dentro de lo previsto por la parte final del artículo 1333 de ese Código, cuando establece que no es necesaria la intimación para que la mora exista si la ley o el pacto lo declaran expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla; cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación; y cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

En quinto lugar, Kemelmajer de Carlucci encuentra similar solución que la anteriormente esbozada, para el supuesto de la obligación pura y simple, ya que señala que también será necesaria la interpelación para que el deudor quede constituido en mora y se haga exigible el cumplimiento de la cláusula penal.

Los fundamentos de esta posición que acoge un sector mayoritario de la doctrina[3688], consideran que en estas obligaciones existe un plazo, que está dado por el momento en que el acreedor exige el cumplimiento de la obligación.

Finalmente, Kemelmajer de Carlucci analiza el supuesto de la obligación principal sometida a plazo indeterminado. En tal sentido, llega a la conclusión de

3688 En este sentido, podemos señalar a los siguientes autores: Guillermo A. Borda (Borda, Guillermo A. «La reforma del Código Civil. Mora». En *E.D*, tomo XXIX. p. 758) y Jorge Bustamante Alsina (Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 95), entre otros.

que si la obligación principal está sometida a un plazo incierto indeterminado, se requerirá la fijación judicial del plazo, vencido el cual deben aplicarse las mismas reglas previstas para las obligaciones de plazo cierto.

Por nuestra parte, y en lo que respecta al Derecho peruano, entendemos que las expresiones de Kemelmajer de Carlucci podrían encuadrarse dentro de lo dispuesto por el artículo 182 del Código Civil, precepto que establece que si el acto jurídico no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.

Dicha norma agrega que el juez también fija la duración del plazo, cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero, y estos no lo señalaren, tramitándose la demanda como proceso sumarísimo.

Por lo demás, hacemos de aplicación a este supuesto las consideraciones que venimos expresando sobre la mora y la cláusula penal.

En aquellos casos, sólo después de que el plazo hubiese sido determinado judicialmente, a través de resolución firme, será posible que el acreedor exija al deudor el cumplimiento de la obligación.

Por lo tanto, sólo allí resultará factible hablar de una posible constitución en mora del deudor, si el requerimiento no fuese seguido del pago.

Nosotros entendemos que cuando Kemelmajer de Carlucci hace referencia a las obligaciones puras y simples está aludiendo a aquéllas en las cuales no se ha señalado un plazo suspensivo para su cumplimiento.

En el Derecho peruano estos casos se rigen por lo previsto en la regla general del artículo 1240 del Código Civil, precepto que señala que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

Esto significa que mientras el acreedor no exija al deudor el cumplimiento de la obligación, no sería posible hablar de mora, salvo que fuera automática. Si no lo es, resultaría un contrasentido que el acreedor pudiera beneficiarse de una situación que implica la ausencia de interés en el cumplimiento de la obligación, pues se entiende que si no ha reclamado tal cumplimiento, mal podría sancionarse al deudor con los efectos moratorios propios del incumplimiento.

2.2.2. La cláusula penal en las obligaciones de no hacer

Consideramos útil analizar el tema de la exigibilidad de la cláusula penal en las obligaciones negativas. En este sentido, Busso[3689] expresa que «En las obligaciones de no hacer, la inejecución se consuma, en la generalidad de los casos, con la realización del hecho prohibido, pero esta regla no es absoluta».

3689 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 465.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci[3690] sostiene que las obligaciones de no hacer, por su propia naturaleza, no son susceptibles de retardo, y que sólo por impropiedad del lenguaje puede decirse que en ellas el deudor cae en mora por la sola comisión del hecho, cuando en realidad allí existe incumplimiento.

Por su parte, Larombière[3691] señala que en las obligaciones de no hacer la pena se debe por el mero incumplimiento, aun cuando no se hayan producido los efectos perniciosos que se pretendió evitar, sin perjuicio de otorgar a los tribunales la facultad de investigar cuál fue la verdadera intención de las partes, la que deberá aparecer, sin embargo, como indubitable para eximir del pago de la pena.

En esta línea de pensamiento, Demolombe[3692] se pregunta si el deudor incurre en la pena, ya definitivamente al realizar el hecho prohibido, o sólo cuando ese hecho produce sus efectos propios. El citado autor enseña que la solución varía en cada caso particular según cuál haya sido la intención de las partes, interpretada sobre la base del principio de buena fe que constituye el alma de las convenciones.

Para aclarar lo expresado, Demolombe propone el siguiente ejemplo: Pablo, que se había comprometido bajo pena de mil francos a no alquilar su finca para una industria molesta, celebra un contrato que importa la violación de ese compromiso, pero ocurre que antes de llegar a la ocupación del inmueble el convenio de locación es rescindido. ¿Habría incurrido Pablo en la pena? La solución negativa parece imponerse, ya que las condiciones deben cumplirse en la manera en que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que habían de cumplirse. Sobre la base de ese principio, cabe sostener que la obligación contratada bajo pena, no tenía en cuenta la mera celebración de un contrato de locación sino las incomodidades que la ejecución de él iba a reportar.

En un caso similar —pero no idéntico—, Demogue[3693] sustenta una opinión más rígida, pues manifiesta que: «Si alguien se ha comprometido bajo cláusula penal a no otorgar un acto jurídico, incurre definitivamente en la pena desde el momento en que lo otorga, aun cuando ese acto sea posteriormente anulado». Cita en apoyo de su tesis, un fallo del Tribunal de Besancon del 11 de diciembre de 1901, que resuelve que «Si un asegurado no declara una venta que según la póliza debía declarar bajo pena de caducidad, pierde por esa reticencia sus derechos, aunque luego se anule la venta».

Dentro de estos conceptos, Von Tuhr[3694] expresa «[...] que debido al carácter definitivo de la pena, resulta que el acreedor tiene derecho a la pena cuando el incumplimiento se ha consumado, aunque con posterioridad pierda el interés que tuvo en cuenta al establecerla».

3690 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit*, pp. 209 y 210.

3691 Larombière, M. L. *Théorie et pratique des Obligations*. París: A. Durand, 1847, tomo III, p. 587.

3692 Demolombe, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionelles en général*. París: A. Lahure, 1880, tomo XXVI, n.º 687, p. 453.

3693 Demogue, René. *Traité des Obligations en géneral*. París: Rousseau, 1931, p. 502.

3694 Von Thur, Andreas. *Op. cit.*, tomo II, p. 237.

Para acentuar su parecer, el autor citado acude al siguiente ejemplo: la pena accesoria a un compromiso de no establecerse (cláusula de no competencia) queda irrevocablemente incurrida en caso de infracción, y no se extingue por el hecho de que con posterioridad el acreedor venda su fondo de comercio. Por esa razón, el acreedor conserva el derecho a la cláusula penal moratoria devengada desde que se produjo el incumplimiento hasta que se procedió a la venta del negocio.

En nuestra opinión, en las obligaciones de no hacer, la cláusula penal —entendida como la valuación anticipada de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación—, se hace exigible por el mero incumplimiento de ésta, aun cuando no se hayan producido los efectos perniciosos que se pretendió evitar.

Este principio se encuentra previsto por el artículo 1343 del Código Civil, cuando establece que: «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos [...]». Dicha norma enuncia una característica esencial de la cláusula penal: para exigirla no es necesario probar la existencia del daño ni su cuantía.

Recordamos al lector que este tema fue estudiado en su oportunidad, y que el artículo 1159 de dicho Código prevé que en las obligaciones de no hacer que se inejecuten por culpa del deudor, corresponderá al acreedor el derecho a exigir el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En palabras de Laurent[3695], estas obligaciones, por su naturaleza, requieren la intervención personal del deudor y como en principio nadie puede ser forzado a no hacer lo que no quiere, la libertad humana no puede ser compelida; y como sólo el deudor es quien puede realizar el hecho, si en este caso el deudor niega su participación al cumplimiento directo —y el forzoso se vuelve imposible—, al acreedor sólo le queda el derecho a la compensación por daños y perjuicios.

Por ello, si las partes contratantes hubiesen convenido una cláusula penal para el caso en que el deudor incumpliera la obligación de no hacer, evitando así la prueba del perjuicio y el arbitrio judicial en su estimación, y se inejecutara efectivamente la obligación, entonces es claro que el acreedor tendría expedito su derecho para reclamar el cumplimiento de la pena convencional.

Conviene recordar —como lo indicáramos oportunamente—, que en la gran mayoría de supuestos la constitución en mora es ajena a las obligaciones de no hacer. Se entiende que en estos casos la simple acción del deudor viola la obligación y no es necesario, por consiguiente, que el acreedor le recuerde que debe abstenerse de actuar, para exigirle la cláusula penal.

No obstante, también debemos recordar que de manera excepcional, y de acuerdo con la naturaleza de determinadas obligaciones, sobre todo aquéllas de ejecución continuada o periódica, podría resultar factible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer.

3695 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVI, p. 265.

Sin ánimo de reabrir el debate en torno de la relación existente entre este tema y las obligaciones con cláusula penal, diremos que cuando no sea posible la constitución en mora y se hubiese pactado una cláusula penal compensatoria, resultará evidente que ante el incumplimiento de la obligación, se generará de modo automático el derecho del acreedor para exigir el cumplimiento de la pena.

De resultar posible la constitución en mora del deudor en las obligaciones de no hacer, tendríamos que concluir en que habiéndose pactado una cláusula penal moratoria, el acreedor, a partir del momento de la constitución en mora, tendría el derecho a exigir la referida penalidad moratoria.

Si en este caso también se hubiese pactado una penalidad compensatoria, esta última sólo podría ser exigida en la medida en que el incumplimiento moratorio se hubiese convertido en incumplimiento absoluto de la obligación, todo ello con la salvedad de que la penalidad compensatoria podría ser adicionada a la penalidad moratoria, si esta última se hubiere pactado y devengado.

2.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor

Un sector mayoritario de la doctrina consultada[3696] concibe que para que la cláusula penal entre en vigencia es necesario que la inejecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es, que medie dolo o culpa. Los autores agregan que si el incumplimiento se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, la pena no sería exigible.

Esta posición se encuentra notoriamente influida por la doctrina francesa[3697], que afirma que siendo la imputabilidad a título de culpa o dolo uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios del Derecho común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

Siguiendo este criterio, Busso[3698] expresa que uno de los supuestos en los que no se debe la cláusula penal pactada, a pesar de existir incumplimiento, es cuando el incumplimiento parcial obedeciera a causas de fuerza mayor o a culpa del acreedor. En tales casos, por aplicación de los principios generales, no hay responsabilidad a cargo del deudor y, en consecuencia, no incurrirá en la pena ni siquiera parcialmente.

3696 En este sentido, podemos señalar, entre otros, a los siguientes autores: Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.,* tomo I, pp. 254 y 255), Jorge Joaquín Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, pp. 471-473) y Gustavo Palacio Pimentel (Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Elementos de Derecho Civil. Op. cit.*, p. 392), entre otros.

3697 Por su parte, Savigny (Savigny, Friedrich Karl von. *Sistema de Derecho romano actual.* Madrid: Editorial Góngora y Compañía, 1879, tomo II, p. 447) también afirma que el deudor puede invocar la imposibilidad fortuita: los principios lógicos y, sobre todo, el de la buena fe, llevando a la no aplicación de la letra rigurosa de la convención y, por ende, a liberar al deudor cuando probara que de hecho había realizado todo cuanto podía para evitar la imposibilidad.

3698 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, p. 497.

Dentro de esta línea de pensamiento, Ospina Fernández[3699] señala que la cláusula penal, según su denominación lo indica, establece una sanción por el incumplimiento de la obligación principal, como lo es también la sanción de resarcimiento de perjuicios que, en general, la ley impone por el mismo motivo; y como en la tradición latina la responsabilidad del deudor depende de la imputabilidad que mora en éste, quien obra así sólo sufre las consecuencias de su dolo o de su culpa, pero no los provenientes de un caso fortuito que no haya asumido expresamente; se sigue que la inejecución de la obligación principal, o su ejecución defectuosa o retardada, hechos éstos que condicionan la exigibilidad de la pena convencional, también suponen el dolo o la culpa de dicho deudor, o sea, que ni éste ni el tercero que haya asumido la obligación penal están obligados a pagarla cuando el incumplimiento de la obligación principal se deba a caso fortuito o a la culpa exclusiva del acreedor.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3700] fundamenta la tesis, mayoritaria en los principios generales en materia de responsabilidad, que establece como causal eximente por excelencia al caso fortuito o la fuerza mayor.

La profesora citada precisa, sin embargo, que el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor no contempla razones que puedan justificar subjetivamente al deudor. Por ejemplo, indica, «no exime del pago el incumplimiento por error de cálculo o de otro tipo, ni la buena fe ni el exceso de confianza del deudor».

Similar planteamiento aduce Llambías[3701], quien manifiesta que no eximirán de responsabilidad al deudor las meras dificultades que pueden oponerse al cumplimiento. Así, no podría el deudor excusarse aduciendo su buena voluntad de cumplir, ni su buena fe, o los tropiezos corrientes que pueden presentarse en la ejecución de cualquier contrato.

Por su parte, Rezzonico[3702] anota que el deudor no deberá la cláusula penal cuando por caso fortuito o fuerza mayor no haya podido cumplir su obligación.

Significa, solamente, que no le basta para eximirse de la pena su buena fe, su buena voluntad o motivos particulares —un olvido, un disgusto, una indemnización—, dificultades simples y no insalvables, ni le basta probar que de su parte no hubo ni dolo ni culpa, sino que debe probar que se debió a caso fortuito o a fuerza mayor[3703].

3699 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.,* p. 161.

3700 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* p. 182.

3701 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 472.

3702 Rezzónico, Luis María. *Op. cit.,* volumen I, pp. 256-258.

3703 Compartiendo los argumentos esgrimidos por los autores mencionados, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.,* tomo I, p. 255) expresan que la enfermedad del deudor, o la no obtención de un préstamo, o la dificultad de conseguir obreros, o la demora en la tramitación de un juicio, o el retardo en la terminación de una sucesión, o la quiebra del deudor no constituyen excusas que justifiquen la inejecución de la prestación y la pretensión de liberarse de la pena.

Sobre la materia, cabe recordar que el artículo 1315 del Código Civil peruano define los casos fortuitos o de fuerza mayor como causas no imputables al deudor que impiden la ejecución de la obligación o determinan su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, atribuyéndoles las características de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Los casos fortuitos o de fuerza mayor deben reunir esos tres caracteres. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude sólo a los accidentes naturales —lo que en el Derecho anglosajón se denomina *Act of God* (hecho de Dios)—; en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad, denominados en el Derecho anglosajón *Act of Prince* (hecho del Príncipe).

Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.

Luego de recordar estos conceptos, consideramos conveniente referirnos a otros supuestos específicos adicionales que eximen o reducen la responsabilidad del deudor, respecto del cumplimiento de la cláusula penal, ante la inejecución de su obligación.

En primer lugar, si el deudor actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Por consiguiente, a dicho deudor no le será exigible el cumplimiento de la pena. El artículo 1314 del Código Civil peruano —precepto analizado en su oportunidad— contempla esta situación. En tal sentido, la norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad.

Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, y en estos casos no sería exigible la cláusula penal. Es justamente este principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de acreditar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación.

Luego tenemos el caso en que el deudor incumple la obligación principal debido a culpa del acreedor. Aquí la cláusula penal no se debe, pues el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

incumplimiento del deudor es imputable al acreedor. Esta era la solución en el Derecho romano y actualmente es aceptada por la doctrina moderna, aun por aquellos que atienden exclusivamente a la función compulsiva de la cláusula penal[3704].

En esta línea de pensamiento, Kèmelmajer de Carlucci[3705] manifiesta que la solución expresada «[...] no hace sino aplicación del principio de que nadie puede alegar su propia torpeza».

Kemelmajer también recoge lo argumentado por un antiguo fallo de la Cámara Civil argentina que fundándose en la culpa del acreedor, impidió el ejercicio de la cláusula penal: no procede la pérdida de la suma retenida por el comprador para asegurar la terminación y funcionamiento de las obras de desagüe, si aquél introdujo modificaciones en la casa que entorpecieron el despacho de los certificados finales e impidieron el cumplimiento de la obligación asumida por el vendedor dentro del plazo fijado, y ello, ya se considere la estipulación como cláusula penal o como mero depósito.

Laurent[3706], por su parte, ilustra el tema con un caso muy preciso: si un mandante se compromete a pagar una cláusula penal al mandatario si le revoca el poder, ésta no se debe si la revocación se efectúa por abuso de confianza del mandatario, porque evidentemente la cláusula se ha pactado para los casos de revocación arbitraria; lo contrario sería legitimar un robo o un delito.

El Código Civil de 1984 prevé esta situación en el artículo 1327 —norma anteriormente estudiada al analizar el tema de inejecución de las obligaciones—, que se refiere a los perjuicios que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria requerida.

Se considera razonable —y así lo establece el precepto— que el deudor no deba resarcimiento por los daños que el acreedor perjudicado hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Se supone que ya ocurrió el incumplimiento, pero se supone, además, que el acreedor se ha abstenido con culpa de hacer algo para evitar el mayor daño. Es evidente que el acreedor no debe agravar, con su propio comportamiento, la situación del deudor que ha incumplido.

Por ello, podemos concluir en que la inejecución de la obligación puede también obedecer a culpa del acreedor, inclusive a culpa exclusiva de éste. Aquí resulta evidente el efecto liberatorio y, desde luego, la inimputabilidad del deudor, no siéndole exigible el cumplimiento de la cláusula penal estipulada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3704 En este sentido podemos señalar a los siguientes autores: Jorge Mosset Iturraspe (Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Op. cit.*, p. 1246) y Michele Trimarchi (Trimarchi, Michele. *Op. cit.*, p. 37), entre otros.

3705 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 193.

3706 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvii, p. 438.

En tercer lugar, cabría analizar el supuesto del incumplimiento de la obligación asegurada que obedezca a culpa del deudor y del acreedor.

Kemelmajer[3707], en relación con el difícil tema de la concurrencia de culpas, coincide con la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en el sentido de que los jueces están facultados para valorar ambas culpas y atribuir a cada uno, proporcionalmente, la parte que le corresponde en las consecuencias dañosas. En esta apreciación, afirma la profesora argentina que los jueces están dotados de amplio poder y de este principio se deduce que habiéndose pactado una cláusula penal, ella deberá ser reducida teniendo en cuenta la conducta culposa del acreedor. En supuestos excepcionalísimos podrá llegarse a su eliminación, cuando el proceder imputable del deudor no ha tenido relación causal adecuada con el del incumplimiento.

Precisa recordarse que el artículo 1326 del Código Civil peruano —precepto estudiado en su oportunidad— prevé esta situación, cuando dispone 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 se deriven».

Compartiendo el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci, consideramos que se trata de una cuestión de apreciación que el juez debe evaluar. Si el hecho doloso o culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, la entidad del resarcimiento, es decir, el monto de la cláusula penal pactada se deberá reducir en proporción a la gravedad de tal hecho y a las consecuencias que se hayan derivado de éste. La responsabilidad por la inejecución de la obligación es compartida entre el deudor y el acreedor. Se configura una situación intermedia entre el daño inimputable y el daño debido por entero a culpa del deudor. Esto es lo que en doctrina se conoce con el nombre de concurso o concurrencia de culpas, en el cual cada sujeto responde en proporción al grado de su culpa eficiente, o como «compensación de culpas», expresión que no se refiere, naturalmente, a la compensación en sentido estricto, vale decir, como medio extintivo de obligaciones.

Corresponde, en cuarto lugar, que se analice el tema de la imputabilidad del deudor ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo del acreedor.

En el estudio que ha antecedido se evalúa la situación que se origina cuando la obligación asegurada mediante la cláusula penal no es cumplida por el deudor, pero motivado por una conducta también imputable al acreedor. Aquí, en cambio, nos referimos al caso de un deudor que no cumple con las obligaciones a su cargo, a las cuales acceden cláusulas penales, porque el acreedor no ejecuta acabadamente las suyas. Nos referimos al caso de las obligaciones recíprocas.

3707 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 194 y 195.

Respecto a este tema, Kemelmajer de Carlucci[3708] considera que quien invoca la cláusula penal debe, a su vez, haber cumplido las obligaciones a su cargo. Este principio, sostiene, ha sido reiteradamente aceptado por la jurisprudencia de su país: «Habiendo faltado ambos contratantes a las obligaciones que les incumbían, ninguno de ellos puede exigir la aplicación de la cláusula penal convenida». A modo de conclusión, la profesora argentina expresa que: «La pena prevista para el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales supone el cumplimiento de las suyas por la contraparte».

Estas prestaciones recíprocas se encuentran regidas especialmente por los artículos 1426 a 1434 del Código Civil de 1984. El primero de ellos[3709], referido a contratos con prestaciones recíprocas que deben cumplirse simultáneamente, permite oponer la *exceptio non adimpleti contractus* ante el incumplimiento de la contraparte e impide la mora de una de las partes si la otra no cumple o no garantiza su cumplimiento. Esto último se encuentra expresamente recogido por el artículo 1335 del Código de 1984 —norma estudiada oportunamente—, el que dispone que «En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá».

Por otro lado, el artículo 1427 del Código Civil[3710] faculta a la parte a oponer la excepción de caducidad de plazo, suspendiendo la ejecución de su prestación ante el riesgo de que la contraparte que debe cumplir en segundo lugar, después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas, que no deben ejecutarse simultáneamente, no pueda hacerlo hasta que esta última satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento.

Concluimos el tema anotando que quien invoca la cláusula penal debe haber cumplido con las obligaciones a su cargo. Por consiguiente, el acreedor no podría exigir al deudor el cumplimiento de la cláusula penal ante la inejecución de su propia prestación, en tanto no cumpla acabadamente la suya.

Luego de lo expuesto, y como criterio general, podemos afirmar que para que proceda la exigencia de la cláusula penal, habrá de darse siempre la culpabilidad del deudor. Sin embargo, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿podría pactarse que se exigirá la pena aun en el supuesto de que el incumplimiento de la obligación principal no se deba a culpa del deudor?

3708 *Ibidem*, p. 195.

3709 El artículo 1426 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente: «En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

3710 El artículo 1427 del Código Civil peruano establece lo siguiente: «Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquélla satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento».

La doctrina coincide en la validez de los pactos por los cuales el deudor asume los riesgos de la contratación, pero disiente en cuanto a la naturaleza jurídica de ellos cuando se ha pactado una cláusula penal.

Para algunos autores[3711], la existencia de este pacto no desnaturaliza la pena. En cambio, para otros la cláusula penal se ha convertido en un pacto de garantía.

En esta línea de pensamiento, Spota[3712] indica que «Más que una cláusula penal, media una estipulación que significa la asunción del riesgo técnico o económico de la locación de obra».

Compartiendo el mismo criterio, Albaladejo[3713], de manera precisa y ocupándose de la mutación de la cláusula penal en su funcionalidad en tales supuestos, comenta la circunstancia de que se ejecute la pena aunque el incumplimiento no fuese imputable al deudor. El profesor citado expresa que realmente la pena pactada para este supuesto no sirve en lo que atañe a ese incumplimiento no imputable de constricción para que aquél cumpla, ya que, por definición, en tal caso el incumplimiento no es por su culpa. Entonces la pena es más bien un simple aseguramiento de la posición del acreedor que así como normalmente vería extinguirse la obligación principal cuando el deudor, sin su culpa, no pudiese cumplir, por el contrario, mediante la pena ve sustituida por ésta la obligación que el otro no cumplió.

Llambías[3714], por su parte, manifiesta que si el deudor ha asumido el caso fortuito, la ocurrencia de este hecho no lo eximirá de la pena. Sin embargo, la cláusula penal dejará de ser tal para convertirse en un pacto de garantía. «Será una cuestión de hecho dependiente de las circunstancias de cada caso, determinar cuándo la aparente cláusula penal constituye, en verdad, un pacto de garantía».

El Código Civil peruano permite, en virtud del artículo 1343, que el cumplimiento de la cláusula penal pueda demandarse aun cuando la inejecución de la obligación principal por parte del deudor no obedezca a dolo o culpa de él, cuando exista un pacto expreso de por medio. Dicho precepto señala una característica esencial de la pena convencional.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci[3715] manifiesta que «En algunos supuestos el legislador ha admitido responsabilidad sin culpa y considera válido el pacto por el cual el deudor asume los riesgos del caso fortuito, pero esto es demostrativo de que para que la fuerza mayor no exima se necesita una disposición legal clara y precisa en contrario, o un pacto expreso: la doctrina más especializada ha reconocido siempre que esta cláusula de asunción de riesgos debe constar en forma indubitable y ser objeto de interpretación restrictiva».

EDITORIAL CASTILLO LEYRE

3711 Puig Peña, Federico. *Op. cit.*, tomo IV, volumen I, p. 81; y Gatica Pacheco, Sergio. *Op. cit.*, p. 312; entre otros autores.

3712 Spota, Alberto G. *Tratado de la locación de obra. Op. cit.*, volumen II, p. 256.

3713 Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Op. cit.*, tomo II, volumen II, p. 184.

3714 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 472 y 473.

3715 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 182 y 183.

En consecuencia, podemos afirmar que para la exigibilidad de la pena es necesario el requisito de imputabilidad del deudor, a no ser que se prometa la cláusula penal para los casos en que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso haya sido sin culpa de éste.

Por último, consideramos necesario mencionar un supuesto adicional. Nos referimos al caso del incumplimiento producido por hechos imprevisibles cuando existe mora del deudor.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci[3716] expresa que «Por aplicación de los principios generales, el deudor deberá la cláusula penal, no obstante la existencia del hecho imprevisible, si éste se produjo cuando ya estaba constituido en mora».

El Código Civil peruano recoge este mismo criterio en el artículo 1336 —norma estudiada oportunamente—, cuando preceptúa que «[...] 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».

En nuestra opinión, el deudor en mora responde necesariamente de la indemnización de daños y perjuicios derivada del retraso en el cumplimiento de la obligación. Es decir, siempre es exigible el cumplimiento de la cláusula penal pactada. El deudor en mora también deberá la pena convencional, desde luego, por el deterioro o la pérdida de la prestación, aun cuando se produzca por causa que no le sea imputable. Podrá, sin embargo, evitar el pago si probara que la causa no imputable la habría afectado aunque se hubiera cumplido a su debido tiempo.

2.4. La cláusula penal exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios

El artículo 1343 del Código Civil peruano establece que «Para exigir la cláusula penal no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos [...]», señalando una característica esencial de la cláusula penal: que para exigirla no es necesario probar la existencia del daño ni su cuantía.

Esta norma constituye una clara excepción a la regla general del artículo 1331 de dicho Código, el que dispone que: «La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Como la pena convencional importa la fijación anticipada de las pérdidas y los daños, estaría de más que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, ya que el deudor no podría pretender liberarse demostrando que él no ha existido.

3716 *Ibidem*, p. 192.

Esta prescripción obedece a tres razones. En primer lugar, las partes acordaron la pena para el caso de inejecución o de mora; ocurrido el hecho previsto, la pena se aplica. La inejecución y la mora equivalen a condiciones suspensivas, a las que está subordinada la pena. Luego, la pena se establece para evitar la discusión de las pérdidas y daños; consecuentemente, no hay que debatir esa materia. Las partes previamente aceptaron que la inejecución o la mora sería perjudicial. Es una presunción que favorece al acreedor y que no se destruye por alegaciones contrarias del deudor. En tercer lugar, la cláusula penal, además de ser una prefijación de las pérdidas y los daños, también funciona como fuerza coercitiva para constreñir al deudor a cumplir su promesa y como reacción punitiva contra el delito civil de inejecución o de mora. Bajo esta relación, consideramos que está excusada la prueba del perjuicio.

En esta línea de pensamiento, De Gásperi[3717] señala que la pena releva al acreedor de la prueba del daño. «Constituye una presunción *iuris et de iure* de que existe un daño y en la medida en que ha sido pactada. En consecuencia, el deudor no se exime por la prueba de que no ha habido daño». Finalmente, agrega que el fundamento de la pena no es el daño, sino la voluntad de las partes.

De acuerdo con estos conceptos, Llambías[3718] expresa que ni la efectiva existencia del daño que provoca al acreedor el incumplimiento de la obligación principal, ni menos la prueba de dicho daño son requisitos de la pretensión de la pena. Acá juega una dosificación convencional del daño, que las partes deben acatar por respeto que merece la autonomía de la voluntad exenta de vicios. No cabe, pues, hacer cuestión sobre la improcedencia de la pena o multa, con base en la ausencia de daño por parte del acreedor: el daño existe por acuerdo de las partes, en la medida del importe de la pena.

Añade Llambías que se advierte en el régimen de la cláusula penal una variante de importancia con respecto a los principios generales de la teoría de los daños y perjuicios.

Por regla general, el acreedor que intenta hacer efectiva la responsabilidad del deudor, está precisado a producir la prueba del daño cuya reparación reclama. Pero si juega una cláusula penal y pretende el pago de la pena o multa, está dispensado de producir esa prueba.

En opinión de Llambías, aunque de ordinario la cláusula penal llena esta función resarcitoria, no es forzoso que tenga tal carácter. Aun los deberes de conducta que no importan obligaciones *strictu sensu,* por ser de contenido no susceptible de apreciación pecuniaria, pueden ser fortalecidos en su cumplimiento mediante la estipulación de cláusulas penales: ahí no se puede decir que tal cláusula tenga

3717 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.,* tomo I, p. 447.

3718 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, pp. 470 y 471.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

función resarcitoria, puesto que —por hipótesis— la persona en cuyo favor se ha comprometido la conducta esperada no experimenta daño patrimonial alguno por la frustración de esa expectativa. Así, el autor cita como ejemplo el de dos amigos que conciertan hacer un viaje de placer conjunto, en determinada fecha, y convienen que uno de ellos pagará al otro una suma de dinero si por su culpa hiciera fracasar la excursión: allí la cláusula penal asume el papel de una pena privada y no tiene carácter indemnizatorio.

Por su parte, Emiliani Román[3719] afirma que la cláusula penal presenta diversas ventajas de orden práctico, entre las cuales se encuentra el que libera al acreedor de la carga de la prueba de la existencia de los perjuicios, puesto que las partes lo han reconocido previamente desde el momento en que los evaluaron. Por lo mismo, el deudor no podrá alegar su inexistencia, ni que el acreedor reportó beneficio de la inejecución; y agrega que con la misma lógica no debería admitirse que el acreedor desconozca la cláusula penal para poder reclamar la indemnización de perjuicios cuando le pareciere que aquélla es exigua o inconveniente, pues esto lo coloca en pie de igualdad con el deudor cuando se le niega el derecho a demostrar la inexistencia de los perjuicios o los beneficios del incumplimiento.

En este orden de ideas, Cazeaux y Trigo Represas[3720] destacan que la cláusula penal es una indemnización *a forfait*, según la acertada expresión de Planiol, a ganancias y pérdidas, ya que el acreedor toma a cargo el riesgo de que los daños efectivos del incumplimiento excedan del tope fijado por la cláusula penal, así como el deudor se expone, a su vez, a que dichos daños sean inferiores a ese tope, y aun a que no exista daño.

Sin embargo —añaden los citados autores—, si el daño no es requisito necesario para la exigibilidad de la cláusula penal, tiene en cambio su importancia cuando se trata de juzgar problemas como el que se refiere a la inmutabilidad de ésta en los casos de penas excesivas. En tales circunstancias, concluyen Cazeaux y Trigo Represas, ante una impugnación del monto de una cláusula penal por exorbitante, puede ser decisiva la prueba de la existencia y magnitud del daño sufrido por el acreedor y de ella el juez podrá extraer la conclusión adecuada.

Según Kemelmajer de Carlucci[3721]: «Es hoy criterio predominante que la modificación más importante que la cláusula penal produce en el régimen común de la indemnización de daños, es la de la innecesariedad de acreditar la existencia y el monto de los perjuicios». En este sentido, recoge las palabras de De Page[3722], quien afirma que «La ley presume que las partes, al estipular la cláusula penal, implícitamente reconocen que la inejecución o retardo será siempre dañoso».

3719 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, pp. 296 y 297.

3720 Cazeaux, Pedro. N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo II, pp. 255 y 256.

3721 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 212.

3722 Henri de Page, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 213.

En consecuencia —concluye Kemelmajer de Carlucci—, la fijación de una cláusula penal releva al acreedor de la prueba del daño efectivamente sufrido, porque si el deudor pudiera eximirse de satisfacer la pena probando que el acreedor no ha sufrido daños, se habría hecho de la cláusula penal una estipulación completamente inútil.

Por nuestra parte, en torno al extremo relativo a que la cláusula penal exime de la prueba de los daños y perjuicios, cabe manifestar que ello es exacto, en el sentido de que la cláusula penal tiene, dentro de sus funciones, aquélla de simplificación probatoria, vale decir, que no resultará necesario que el acreedor pruebe la existencia de daños y perjuicios para poder reclamar el contenido de la cláusula penal, ya que ésta constituye su valorización anticipada.

Aspecto distinto será el considerar si en la realidad se producen o no los daños y perjuicios y, de originarse, si se generan en la magnitud correspondiente a la penalidad pactada.

Pero, independientemente de tales circunstancias, resulta innegable que dentro de cualquiera de los sistemas legislativos, bastará que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor para que pueda exigir la penalidad. Corresponderá, por tanto, al deudor demostrar que la inejecución de la obligación se debió a causa que no le es imputable para eximirse del pago de tal penalidad. Estos principios son plenamente aplicables en el Perú.

Ahora bien, si analizamos el esquema expuesto dentro del régimen legal peruano, la solución no será exactamente la misma, en la medida en que, de producirse el incumplimiento culposo o doloso del deudor, el acreedor podrá exigir la penalidad pactada, pero el deudor podrá solicitar al juez su reducción, de haberse producido un incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación o si el deudor considerase que la penalidad es excesiva con respecto a la entidad de los daños y perjuicios verdaderamente causados al acreedor.

Así, más allá de las consideraciones negativas en torno de este sistema, conviene advertir que dentro de la ley peruana es posible que el deudor exija la reducción de la penalidad y que, por lo tanto, el tema de la entidad de los daños y perjuicios termine siendo materia probatoria.

2.5. Materias que deben probarse

De Gásperi[3723] expresa que en materia de cláusula penal sólo se exige la prueba de la convención y de la mora del deudor. Dice —con referencia a los requisitos para la aplicación de la cláusula penal— que la inejecución o retardo en el cumplimiento de la obligación debe ser imputable al deudor, o sea, que haya habido

3723 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.*, tomo I, pp. 447 y 448.

culpa o dolo de su parte. Sin duda —indica De Gásperi— la culpa o dolo es la base de toda responsabilidad, pero tratándose de la cláusula penal el acreedor no tiene necesidad de probarlos. En todo caso, incumbe al deudor el descargo, por alegación y prueba del caso fortuito o fuerza mayor o de que la inejecución es debida al hecho mismo del propio acreedor. La constitución en mora hace presumir la culpa. Por consiguiente, concluye manifestando que «Al acreedor le bastará con justificar la doble existencia de la obligación y la cláusula penal pactada».

En opinión de Llambías[3724], «El acreedor sólo debe de probar el incumplimiento para pretender la pena, ya que la culpa se presume». Aquí —precisa el autor—, siguen funcionando los principios generales. Pero si el acreedor alega el dolo del deudor, para intensificar la responsabilidad de éste, a él le incumbe la prueba de ese dolo. Finalmente, Llambías concluye anotando que si es el deudor el que alega un caso fortuito, para eximirse de la pena, a él le toca la prueba del *casus*.

Busso[3725], por su parte, sostiene «[...] que el acreedor que pretende la pena tiene la misma situación —en cuanto al *onus probandi*— que el que demanda el cumplimiento de la prestación principal. No necesita probar el incumplimiento del deudor, siendo por el contrario éste —si pretende excepcionarse— quien debe justificar haber ejecutado regularmente las obligaciones a su cargo, o bien acreditar los eximentes de responsabilidad que puedan beneficiarle». En sede de cláusula penal —finaliza el autor— es aplicable el principio de Derecho común según el cual la prueba del pago incumbe al deudor. Este principio descarta aquél otro según el cual el acreedor bajo condición debe probar que se ha cumplido el hecho al cual su crédito estaba subordinado.

Ahora bien, en materia de prueba de la cláusula penal también consideramos importante recoger el pensamiento de Lobato de Blas[3726], quien en este sentido, y para mayor claridad, hace la distinción entre: a) prueba del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal y b) prueba de la cláusula penal: cláusula penal acumulativa y cláusula penal sustitutiva.

Sobre el primer supuesto, refiere que «El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal, es evidente que, en caso de reclamación de la pena pactada, deberá realizarse siempre, previamente a ella, prueba de tal extremo que [...] actúa de *conditio iuris* de la exigibilidad de la pena».

De otro lado, respecto a la prueba de la cláusula penal propiamente dicha, y en caso de ser ésta acumulativa, Lobato de Blas manifiesta que «Resulta claro que no será necesario realizar prueba alguna que no sea la de la existencia de la pena pactada y que, en la generalidad de los casos, se integrará por el documento en el que se recoge el pacto».

3724 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 473.
3725 Busso, Eduardo B. *Op. cit.,* tomo IV, pp. 467 y 468.
3726 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.,* pp. 162-164.

En cuanto al supuesto de que la pena sea sustitutiva, señala que equivaliendo la pena «[...] a una indemnización convenida y calculada de antemano, que excluye la necesidad de pruebas y apreciaciones relativas a las consecuencias del incumplimiento, se deriva como lógica secuela de tal principio, la fijeza en la cuantía determinada de aquélla».

Por nuestra parte, y luego de lo expuesto, consideramos que en materia de prueba de los presupuestos que condicionan la pretensión de la pena, el acreedor no tiene que demostrar más que el incumplimiento del deudor, ya que establecido ese hecho queda admitida la imputación del mismo al deudor, porque su culpa se presume. Esto último se encuentra previsto por el artículo 1329 del Código Civil peruano —norma analizada oportunamente—, cuando dispone que «Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor».

Pero si el acreedor alega dolo o culpa inexcusable del deudor, para agravar su responsabilidad, a él corresponde la prueba. Este principio previsto por el artículo 1330 del mencionado cuerpo normativo, preceptúa que «La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Cabe señalar, por último, que el deudor puede exonerarse probando su inculpabilidad, pues la presunción contenida en el artículo 1329 —como ya ha sido estudiado— es *iuris tantum,* es decir, que admite prueba en contrario.

Sin embargo, si el deudor alega un caso fortuito o de fuerza mayor para eximirse de la pena, o en general una causa no imputable a él, le incumbe su prueba, ya que tales circunstancias son incompatibles con la situación de culpa, salvo que el deudor haya asumido la ocurrencia de estos hechos como no eximentes de la pena.

Sobre el contenido del artículo 1343, la jurisprudencia nacional[3727] ha establecido que: «En el presente caso no se cumple el presupuesto de la exigibilidad, toda vez que el incumplimiento de la prestación que se atribuye al ejecutado requiere de la dilucidación respectiva, tanto más si dicho incumplimiento debe obedecer a causa imputable del deudor al no existir pacto en contrario, conforme lo establece el artículo 1343 del Código Civil».

Asimismo, se ha señalado que: «Acreditada la mora en el pago, el acreedor tiene derecho a exigir el pago de la penalidad pactada, resultando carente de relevancia jurídica la separación y ulterior disolución del vínculo matrimonial del apelante»[3728].

3727 Expediente n.° 45776-99-Lima.

3728 Expediente n.° 1233-95.

EDUARDO CASTILLO TRIVE

Momento de estipulación de la cláusula penal

Artículo 1344.- La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior.

1. Fuentes nacionales del artículo 1344

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

El Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba el tema en su artículo 182: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926 lo hacía en el artículo 173: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1215: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1223: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior».

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 74: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 199: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1362: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1311: «La cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación, o por acto posterior».

2. Análisis

Con relación a este tema, la mayoría de los autores sostienen que la cláusula penal se puede estipular al tiempo de constituirse la obligación principal, o posteriormente,

ESTUDIO PIO CASTALLO LEREYRE

pero siempre antes de la inejecución de ésta. Sin embargo, en este último supuesto se exige desde luego que medie la conformidad del deudor[3729].

Bajo esta línea de pensamiento, Aída Kemelmajer de Carlucci[3730] expresa que en razón del carácter accesorio de la cláusula penal, lo común es que ella nazca en forma concomitante con la convención principal a la cual accede.

Añade, sin embargo, que no existe impedimento legal en que se estipule con posterioridad, pero es menester que ello ocurra antes de llegado el incumplimiento, pues resulta evidente que el pacto posterior a la producción del daño no puede ser una cláusula penal, en tanto y en cuanto no cumple ni función compulsiva ni tampoco se trata de una liquidación previa o anticipada[3731]. Si el incumplimiento ya se produjo —precisa Kemelmajer de Carlucci— la estipulación será una transacción (si se tratara de derechos litigiosos o dudosos y las partes se hicieran concesiones recíprocas) o simplemente un pacto de fijación de daños y perjuicios ya producidos.

Agrega, asimismo, que, pactándose la cláusula penal en un acto posterior, es pertinente analizar la voluntad de las partes a fin de establecer si se ha producido o no una novación de lo principal. La cuestión es sumamente importante, según ella, porque si las partes se han limitado a imponer una pena para el caso de no cumplirse con lo principal, subsistirán todas las fianzas, hipotecas, privilegios, prendas, etcétera, que garantizan la primera. En cambio, si se estipula que el incumplimiento sólo hará exigible la pena objeto de la nueva convención, al parecer existe una novación y, por ende, salvo pacto expreso, se habrían extinguido todas las garantías que accedían a la primera.

En tal sentido, debemos recordar lo expresado con ocasión de nuestro análisis de la novación legal en el caso de la indemnización de daños y perjuicios, pero también necesariamente lo afirmado respecto de las características generales y condiciones de aplicación de la novación legal, cuando sostuvimos que estimábamos 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 esos efectos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación

3729 Comparten esta posición: Aída Kemelmajer de Carlucci (Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 18 y 19), Jorge Eugenio Castañeda (Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 177), Jorge Bustamante Alsina (Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 172), Jorge Joaquín Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, p. 433), Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo I, p. 241), Eduardo B. Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 455) y Manuel Albaladejo (Albaladejo, Manuel. *Op. cit.*, p. 185. Citado por Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 143), entre otros autores.

3730 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

3731 Este parecer es compartido por Jorge Bustamante Alsina (Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 172), quien también manifiesta que la cláusula penal puede estipularse al tiempo de constituirse la obligación o posteriormente, pero antes de la inejecución, pues carecería de sentido en cuanto a la función compulsiva y no sería la anticipada liquidación de daños e intereses, que es, esencialmente, la función que cumple dicha cláusula.

original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil, en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías en estas circunstancias conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta contundente para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican o extinguen.

Por su parte, Lobato de Blas[3732] afirma que «La eficacia de la cláusula penal está referida a un momento final en la vida de la obligación principal, cual es el de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso».

Estamos de acuerdo con ello. Hemos dicho reiteradamente que el cumplimiento de la obligación constituye para ésta lo que la muerte natural representa para los seres humanos.

El incumplimiento de las obligaciones constituye un fenómeno antinatural con respecto al decurso vital de ellas. Es claro que la indemnización por los daños y perjuicios generados por el incumplimiento o la ejecución de la penalidad convenida no constituiría una «muerte natural» de la obligación, pero sí representaría una manera lógica de extinguirla, satisfaciendo —por lo general, en numerario— las expectativas del acreedor frente al incumplimiento de su deudor.

No se tratará de una «muerte natural», pero ella representa —en el caso de la ejecución de la cláusula penal— un sustituto deseado por las partes (en particular, por el acreedor de la obligación incumplida).

Además, Lobato considera que nada se opone a que la figura en estudio sea establecida con posterioridad a la constitución de la obligación principal y antes,

3732 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, pp. 143 y 144.

naturalmente, del cumplimiento, incumplimiento o cumplimiento defectuoso de aquélla; en resumen, antes del cumplimiento de la obligación principal.

Sobre este punto, la legislación nacional sigue la misma línea de pensamiento. Señala el artículo 1344 del Código Civil peruano que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior. Pero, aunque el Código no lo dice, es evidente que ella no puede ser concertada después del incumplimiento.

Asimismo, si destacamos el carácter indemnizatorio que cumple la cláusula penal en nuestro ordenamiento jurídico, vale decir, si sostenemos que ésta es la valuación anticipada de los daños y perjuicios para el caso de inejecución, resulta evidente que sólo podrá estipularse antes del incumplimiento.

A nuestro parecer, lo más común será que la cláusula penal se estipule en el mismo contrato cuya obligación se asegura o para cuya hipotética mora en su cumplimiento se pacta. Sin embargo, pensamos, como ya ha sido expresado anteriormente, que no será inusual que las partes, no habiendo pactado la penalidad al momento de la celebración del contrato, la convinieran con posterioridad a su concertación.

Imaginamos que los supuestos en que se pacte una penalidad con posterioridad a la conclusión del contrato serán, sobre todo, aquéllos en los cuales existe algún peligro de que el deudor inejecute el cumplimiento de su obligación, y que, por tal motivo, el acreedor lo presione para que celebre el pacto que incluya la penalidad.

Así también, conviene insistir en que el pacto de la cláusula penal concertado con posterioridad al momento de la celebración del contrato sólo se podrá estipular cuando no haya habido incumplimiento y cuando falten prestaciones por ejecutar a cargo del deudor, ya que de lo contrario, aparte de desnaturalizar la figura bajo tratamiento, ello carecería de sentido. No hay duda de que después del incumplimiento las partes pueden fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios, pero este acuerdo no revestiría las características de una cláusula penal pues, como ya lo señalamos, él podría constituir una transacción, en caso de que se ponga fin a un asunto dudoso o litigioso mediante las concesiones recíprocas de pretensiones, o simplemente un reconocimiento de derechos, si el deudor acepta pagar íntegramente los daños y perjuicios reclamados por el acreedor.

En este sentido, es pertinente recordar que algunos autores utilizan distinta terminología según el momento en que se pacte, reservando la palabra «cláusula» para aquélla que se establece en el acto constitutivo de la obligación principal y «pena» para la que se fija con posterioridad. Bajo tal perspectiva, resulta interesante la opinión de Ángel Gustavo Cornejo[3733], cuando expresa que la cláusula penal puede estar en el mismo documento del contrato o hacerse constar por

3733 Cornejo, Ángel Gustavo. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 186.

separado. En el primer caso, parte de la doctrina, como Windscheid, la denomina «cláusula penal» y en el segundo «pena convencional», distinción puramente verbal que carece de importancia.

Por nuestra parte, coincidimos en que tal distinción resulta absolutamente irrelevante.

La «cláusula penal» es, como su nombre lo indica, una cláusula contractual en donde se establece una pena para los casos de incumplimiento; en tanto que la «pena convencional» es, evidentemente, una penalidad convenida por las partes que han celebrado un contrato.

Resulta claro que con ambas expresiones se busca decir exactamente lo mismo, razón por la cual, más allá de preferencias en el lenguaje, carecerá absolutamente de interés y de relevancia jurídica distinguir los términos bajo comentario.

Por último, es necesario recordar que Lobato de Blas[3734] entiende que es perfectamente posible la constitución de una pena convencional, incluso antes del establecimiento de la obligación principal. Tal figura estará sujeta, desde luego, a la condición de la posterior constitución de la obligación principal. Kemelmajer de Carlucci[3735] coincide con lo expresado por el citado autor y manifiesta que no existe inconveniente en que la cláusula preceda a la convención principal, porque del mismo modo que la fianza, puede garantizarse el cumplimiento de una obligación futura, como lo expresa en el caso peruano el artículo 1872 del Código Civil de 1984[3736].

En nuestra opinión, sin embargo, y a diferencia del caso de la fianza, el Código peruano no admite expresa ni tácitamente la posibilidad de que la cláusula penal garantice obligaciones futuras, porque el artículo 1872 constituye una ficción legal en el sentido de que otorga validez a una garantía sin existir todavía la obligación que, supuestamente, estaría destinada a garantizar. Tal ficción no existe en la cláusula penal, por las expresiones terminantes del artículo 1344 del Código Civil, que sólo permite estipularla conjuntamente con la obligación o por acto posterior, lo que no contempla, por lo tanto, su pacto previo.

El caso de la fianza es similar al de las denominadas «hipotecas sábana», tema que, en el sentido jurídico, es contrario a la razón y al Derecho, y que sin la existencia de disposición expresa de la ley deberían ser consideradas nulas.

Por ello somos de la opinión de que al no tener amparo legal alguno, sería nula una cláusula penal pactada en garantía del cumplimiento de una obligación futura.

3734 Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 144.

3735 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 18 y 19.

3736 El artículo 1872 del Código Civil peruano de 1984 prescribe lo siguiente:
Artículo 1872.- Puede prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no sea aún conocido, pero no se puede reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. Es igualmente válida la fianza por una obligación condicional o a plazo.

ESTUDIO OSTERLING CASTILLO FREYRE

No olvidemos que se trataría de un contrasentido la existencia de una obligación accesoria (la penalidad), sin obligación principal alguna. Ese contrasentido sólo sería admisible por la existencia de una ficción legal, que en este caso no existe.

Finalmente, en materia jurisprudencial observamos la Casación n.º 2838-2014-La Libertad, de fecha 21 de agosto de 2015, que señala lo siguiente, «*Octavo*.- Que, en cuanto a la denuncia por infracción normativa contenida en el apartado ii), en cuanto a que se habría desconocido el carácter accesorio de la penalidad a que se contrae los artículos 1342, 1344 y 1345 del Código Civil, es menester señalar que habiéndose establecido en autos el incumplimiento por parte de los deudores demandados de lo suscrito en el acuerdo conciliatorio de fecha diecisiete de junio de dos mil nueve, se procedió a establecer una penalidad equivalente al cinco por ciento mensual del saldo pendiente de pago, acuerdo que por demás fue pactado libremente en atención a la voluntad de las partes; por lo que cualquier discrepancia sobre los efectos de la cláusula penal acordada no corresponde hacerlo valer en sede casatoria al no corresponder a su naturaleza; por lo que la causal denunciada en este extremo deviene también en desestimable».[3737]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3737 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 419. Consultado en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/02/Casacion-2838-2014-LaLibertad-LPDerecho.pdf [Texto correspondiente a la tercera edición]

Accesoriedad de la cláusula penal

Artículo 1345.- La nulidad de cláusula penal no origina la de la obligación principal.

1. Fuentes nacionales del artículo 1345

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 38, Título XI, Partida Quinta: «*Poniendo pena algunos omes entre si, sobre promission que fiziessen, maguer la promission non sea valedera, vale la pena, e sera tenudo de la pechar el que la fizo*».

Otra de las fuentes coloniales, está constituida por el Fuero Real, Ley 6, Título XI, Libro I: «*Quando Pleyto alguno es fecho sobre cosa que no puede ser, y es pena puesta en él; o si se prometió por pena, por facer cosa que es defendida en derecho, que se no deba facer, ni tener; o si es Pleyto leído, e nescio, tal Pleyto no vala, ni la pena que fuera puesta sobre él*».

El artículo 1345 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 821: «La nulidad de la obligación principal arrastra la de la cláusula penal; mas la de ésta no quita su valor a la obligación principal»; en tanto que el Código Civil de 1852 lo hacía en el artículo 1302: «La cláusula penal es dependiente del contrato, y no tiene efecto cuando el contrato es nulo; pero la nulidad de la cláusula penal no envuelve la del contrato»; el Proyecto de Código Civil de 1890, en el artículo 1564: «Si la obligación es nula, también lo es la cláusula penal; pero por la nulidad de la cláusula no es nula la obligación»; el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, en el artículo 187: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 178: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1218: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1226: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regulaba el particular en su artículo 76: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal.— La

LEÓN PADRO CASTILLO-FREYRE

nulidad del acto jurídico deja sin efecto la cláusula penal, salvo cuando la obligación de indemnizar naciere de la declaración de aquélla»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 200: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1363: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1312: «La nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal».

2. Análisis

Kemelmajer de Carlucci[3738] señala que una de las características de la cláusula penal es la de ser accesoria.

Bajo esta línea de pensamiento, la profesora citada recuerda que el codificador de su país, el ilustre Dalmacio Vélez Sarsfield, enseñaba que de dos obligaciones una es principal y la otra es accesoria cuando la una es la razón de la existencia de la otra, y que las obligaciones son accesorias respecto del objeto cuando son contraídas para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, citando como ejemplo, precisamente, el de la cláusula penal.

Por nuestra parte, recordamos que desde el inicio del análisis de la cláusula penal, partimos del valor entendido de que se trataba de una obligación accesoria, al afirmar que la cláusula penal (o la obligación penal, o penalidad, en sentido amplio) no puede existir sin que exista otra obligación a la cual garantice (o cuyo cumplimiento garantice).

Estima Kemelmajer de Carlucci[3739] que dicho carácter no obsta para reconocer a la cláusula penal la calidad de negocio jurídico, pues como expresa la moderna doctrina, ella tiene todos los elementos estructurales de éste; de la misma manera que la fianza, o que las convenciones hipotecarias o prendarias, la cláusula penal requiere un negocio principal al cual acceder.

Cabe aquí agregar que la cláusula penal podría ser —por sí misma— un negocio jurídico, en la medida en que se pacte de manera independiente del acto donde se da nacimiento a la obligación cuyo cumplimiento garantiza.

3738 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 56-58.

3739 Asimismo, el carácter accesorio —precisa Kemelmajer de Carlucci— es marcado por los romanistas. Recuerda que la *stipulatio poenae* se podía concebir de dos modos distintos: como cláusula penal aislada, independiente de cualquier otra obligación, o como accesoria de una principal. Indica que a tales modos se refiere Papiniano cuando proporciona las fórmulas usadas en ambos casos: «*¿si phamphilum non dederis, tantum dare spondes?, ¿phamphilum dare spondes? ¿si non dederis, tantum dare spondes*?».
Recuerda que también Paulo hace mención a ambas fórmulas. La primera no es sino una obligación bajo condición suspensiva, exigible desde el cumplimiento del hecho condicionante. La segunda, al contrario, incluye una obligación principal y otra accesoria.
Por eso, agrega, muchos romanistas insisten en que sólo la segunda fórmula incoa a la típica cláusula penal.

Si la cláusula penal formara parte integrante de un acto jurídico de mayores alcances, o fuera generadora de otras obligaciones adicionales, resultaría impropio denominarla como «acto jurídico», pues por sí sola no lo sería. En todo caso, la denominación adecuada correspondería a la de «parte integrante de un acto jurídico»; todo ello, naturalmente, si el origen de la penalidad fuese voluntario y no legal.

En tal sentido —señala Sanz Viola—, algunos autores como Ortiz Vallejo[3740] consideran que la accesoriedad de la cláusula penal es equivalente a la accesoriedad del negocio constitutivo de la obligación penal, con relación al negocio principal. Pero, expresa la profesora española, parece preferible destacar la accesoriedad de la obligación penal porque pudiera ocurrir que la obligación principal garantizada por la pena no hubiera surgido de un negocio jurídico y, en ese caso, no existiría negocio accesorio con relación a un negocio principal, pero sí una obligación accesoria —la obligación penal— respecto de la obligación principal.

Añade Sanz Viola que, asimismo, en consonancia con la nota de accesoriedad de la obligación penal, hay que resaltar que en el Derecho español actual, la cláusula penal exige siempre la existencia de una obligación principal a la que garantiza. Es decir, que en el conjunto de la figura estudiada siempre nos encontramos con dos obligaciones: la obligación principal y la obligación accesoria o penal, exigible en el supuesto de incumplimiento o cumplimiento irregular de la primera.

Por otra parte, a decir de Kemelmajer de Carlucci, un sector de la doctrina recoge la distinción tradicional, caracterizando entonces a la «falsa cláusula penal» como aquélla que tiene lugar cuando alguien, sin obligarse a una prestación, promete pagar una suma de dinero en caso de no cumplir espontáneamente esa prestación.

Dentro de tal orden de ideas, la profesora citada considera que en el Derecho moderno el carácter accesorio es esencial y, por ello, las obligaciones concertadas bajo la primera de las fórmulas deben ser reguladas entre las obligaciones condicionales, habiendo sido esta solución consagrada por el artículo 608 del Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1936, que decía: «La cláusula en cuya virtud una persona, sin obligarse a una prestación, estipula una pena, para el caso de que no la efectuare, estará sometida a las reglas de los actos condicionales»; estimando menester recordar que la cualidad de la accesoriedad integra de tal modo el concepto que los redactores del Proyecto de 1936 la incluyeron en la propia definición.

Nosotros consideramos que no existe inconveniente teórico para pensar en la existencia de una cláusula penal que se pacte para el supuesto en el cual el deudor incumpla con ejecutar una aparente prestación, y que la denominación otorgada al tema, vale decir la de «falsa cláusula penal», le corresponde perfectamente, porque la cláusula penal, en sentido estricto, sólo tiene lugar cuando existe una obligación principal cuyo cumplimiento garantiza: si no hay obligación principal que garantizar, no podrá existir cláusula penal alguna.

3740 A. Ortiz Vallejo, citado por Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 28.

Entonces, sería imprescindible observar la naturaleza jurídica de ese deber que no es una obligación. Sin lugar a dudas, nos encontraríamos frente a un deber social, de cortesía, de carácter moral, etcétera, el mismo que podría ser acompañado de penalidades pactadas por las partes en caso de que no se llegara a ejecutar; pero lo que queda en evidencia es que esos deberes no constituyen obligaciones civiles propiamente dichas.

Ahora bien, más allá de la factibilidad del pacto de las denominadas «falsas cláusulas penales», nos preguntamos si el incumplimiento de dichos deberes no obligacionales acarrearía como consecuencia la posibilidad de exigir el cumplimiento de las falsas cláusulas penales pactadas.

Pensamos que aquí se esbozarían dos posiciones.

Una primera podría sostener que las falsas cláusulas penales no son obligaciones propiamente dichas; y, dentro de tal orden de ideas, al no ser obligaciones, no les serían aplicables ninguna de las consideraciones en torno a éstas, teniendo exclusivamente el carácter de deberes jurídicos con contenido patrimonial, de calidad similar al de las obligaciones naturales, vale decir, que son debidas por el deudor; pero, en la eventualidad de que fuesen exigidas por el acreedor, el deudor tendría la posibilidad de asumir su cumplimiento o de no asumirlo (vale decir, de pagar o no pagar), siendo el no pago respaldado por el Derecho, tratándose, en consecuencia, de un no pago lícito.

Nótese, además, que dentro de esta primera forma de ver el problema, la falsa cláusula penal seguiría manteniendo —para todo efecto— su carácter accesorio con respecto al deber jurídico que tendría el carácter de principal; aplicándose también en este caso, fielmente, el principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Una segunda manera de ver el problema de las denominadas falsas cláusulas penales sería el de considerarlas como obligaciones civiles.

Para tal efecto, ellas no tendrían carácter accesorio, sino principal, en la medida en que se consideraría que el deber jurídico no obligacional asumido sería una especie de condición, cuyo no cumplimiento acarrearía el deber del deudor de ejecutar la penalidad pactada.

Sin embargo, estas consideraciones podrían ser objetadas dada la existencia del artículo 172 del Código Civil, precepto que establece que «Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor».

Así, es claro que de acuerdo con el ordenamiento legal peruano, la falsa cláusula penal no podría ser considerada como un hecho condicional, ya que caería dentro de las denominadas condiciones impropias, al tratarse de una condición suspensiva de carácter potestativo.

Nótese, además, que en el Perú, y de acuerdo con el artículo 172, antes citado, la condición potestativa hace nulo al acto y no solamente se tiene por no puesta, situación que agrava el problema.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Es así que, de acuerdo con lo expresado, las falsas cláusulas penales deberían encuadrarse dentro de la primera de las posiciones teóricas desarrolladas, constituyendo un caso excepcional en el que no tendrían carácter accesorio con respecto a otra obligación, sino que se trataría de obligaciones principales.

Sin embargo, debemos subrayar que todo lo antes dicho aborda un problema de importancia fundamentalmente teórica, pero no práctica, en la medida en que resulta difícil imaginar que un caso como éste llegue en controversia a los tribunales de justicia.

Por lo general, se tratará de situaciones meramente coloquiales, que no revestirán importancia económica apreciable y que lo más probable es que cualquier conflicto derivado de ellas sea solucionado por las partes directamente y de manera amigable; o, en el peor escenario, que la amistad o buenas relaciones entre ellas se deterioren.

Al tratarse de un tema de insignificante importancia jurídica, precisa recalcarse que es innecesaria su regulación legal, como sucede en el caso del Derecho peruano.

Retomando los conceptos iniciales, recordamos que para Kemelmajer de Carlucci, el carácter accesorio de la cláusula penal es reconocido, prácticamente, por la unanimidad de la doctrina.

Sin embargo, según anota la citada profesora, Luis Leiva Fernández[3741], un autor de su país, ha negado la accesoriedad de la cláusula penal compensatoria al expresar que conceptualmente sólo accede la moratoria, porque la compensatoria adquiere autonomía suficiente como para desplazar la pretensión que el acreedor pueda hacer de la ejecución de la obligación principal, una vez que optó por el cumplimiento de la pena, y que este desplazamiento demuestra su autonomía.

Al respecto, Kemelmajer de Carlucci no participa del criterio de Leiva, pues estima que con el mismo argumento debiera negarse la accesoriedad de la obligación facultativa, que la distingue —precisamente— de la alternativa, siendo claro que después de la opción, tanto en la facultativa como en la cláusula penal se produce la concentración y el desplazamiento de que nos habla el citado autor. Sin embargo, estima Kemelmajer que el carácter de accesoriedad es precisamente importante en el momento anterior al advenimiento de la opción. Por ello, por ser accesoria, si lo principal se pierde sin culpa del deudor, antes de la mora, se extingue también la cláusula penal compensatoria.

Coincidimos con el parecer de Kemelmajer, adverso al criterio de Leiva, pues para calificar a la cláusula penal como una obligación accesoria no nos debemos fijar si ella está destinada a reemplazar o no, en calidad de indemnización, a la obligación que garantiza, o si la cláusula penal tiene función moratoria y, por lo tanto, podría ser complementaria a la citada obligación principal.

3741 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 62.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para calificar a la cláusula penal como accesoria, sólo debemos advertir si ella puede o no tener existencia sin la propia existencia de la obligación que garantiza y, en este caso, la respuesta negativa es evidente. Por ello, y no por otras consideraciones, es que la cláusula penal resulta ser una obligación accesoria.

Por otra parte, Kemelmajer de Carlucci indica que para algunos autores el carácter accesorio de la cláusula penal deriva directamente de la función indemnizatoria que cumple.

En tal sentido, recuerda que el notable tratadista francés E. Colmet de Santerre[3742] ha expresado que si la cláusula penal es la estimación de los daños y perjuicios, ello significa que la estipulación supone una obligación preexistente cuya inejecución produce daños, derivándose de ello dos obligaciones: una principal (la que se incumplió) y otra accesoria (la de pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento).

Concluye Kemelmajer indicando que lo expuesto no significa, de ningún modo, que el fin compulsivo obste el carácter accesorio, pues precisamente la sanción se impone ante el incumplimiento, o cumplimiento irregular o tardío, de una obligación que se estima principal.

A nuestro modo de ver, resulta controvertible sustentar la accesoriedad de la cláusula penal en el hecho de que ella tiene carácter indemnizatorio, por cuanto para tal efecto resultaría indispensable formularnos la pregunta de si es o no factible que se asuma la obligación del pago de daños y perjuicios con carácter de obligación principal y no accesoria.

Pensamos que considerar la indemnización de daños y perjuicios con naturaleza accesoria no es sino apreciar el problema de una manera distorsionada.

En efecto, como recordará el lector, cuando abordamos el tema de la novación objetiva sostuvimos, aunque con determinadas salvedades, que cuando el deudor incumple con ejecutar su obligación o la ejecuta de manera parcial, tardía o defectuosa, se halla obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del acreedor, constituyendo esa obligación indemnizatoria una nueva obligación, surgida en virtud de la novación legal de la obligación primigenia, la cual se ve transformada en una de pagar daños y perjuicios.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que la obligación de pagar daños y perjuicios no tiene carácter accesorio, pues cuando la ley le da nacimiento, no lo hace con carácter accesorio, sino principal.

Mal haríamos en pensar que la obligación de pagar daños y perjuicios tiene carácter accesorio por el hecho de que la obligación que le precedió era distinta, ya que cuando existía esa obligación primigenia, ni siquiera había nacido la obligación indemnizatoria.

3742 Colmet de Santerre, E. *Cours analytique de Code Civil de A. M. Demante.* 2.ª edición. París: Plon, 1883, tomo v, p. 165. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 62.

Con lo expresado, queremos demostrar que resulta cuestionable el carácter accesorio de la obligación de pagar daños y perjuicios. Por ello, no se podría adoptar este argumento para sustentar la naturaleza accesoria de la cláusula penal.

Por último, el que tenga carácter compensatorio o moratorio, es decir que sea sustitutoria o acumulativa de la prestación principal, no influye, en lo absoluto, para calificar la naturaleza de la penalidad.

Dentro del orden de ideas expuesto, Lafaille[3743], respecto al carácter accesorio de la cláusula penal, afirma que «constituye una obligación accesoria, en el sentido de que no tiene, en principio, valor propio, independientemente de la obligación principal a la que accede».

Este carácter —precisa el citado autor— fluye de la naturaleza misma de la institución que nos ocupa.

Lafaille manifiesta que no se concibe la cláusula penal si no hay una obligación a la cual accede, así como no puede admitirse que haya una cláusula penal suelta, pues podrá haber un pacto separado, pero siempre este pacto revestirá carácter accesorio.

Indica Lafaille que una persona puede haber celebrado un contrato de arrendamiento, sin mencionar para nada la cláusula penal, pero a los pocos días podría, por medio de otro contrato, fijar la cláusula penal y ella sería válida, pero el hecho de que sean independientes los documentos en que constan la obligación principal y la accesoria no significa que éstas sean independientes jurídicamente.

Compartiendo lo expresado, se pronuncia Sanz Viola[3744], quien señala que «La característica fundamental de la obligación penal es su accesoriedad respecto de la obligación principal, de la que depende y en función de la cual se justifica, tendiendo, en este caso, a asegurarla».

Añade la profesora citada que la obligación penal es el prototipo de la obligación accesoria y se incluye dentro de este grupo, tanto por los representantes de la concepción más amplia de las obligaciones accesorias, como por los defensores de la concepción más limitada de ellas.

Sin embargo —precisa Sanz Viola—, no cabe identificar obligación penal y obligación accesoria, aunque la primera sea el supuesto más importante de las obligaciones accesorias, ya que el ámbito de actuación de la segunda es mayor. La obligación penal se limita a ser una garantía adicional, encaminada a reforzar y asegurar el cumplimiento de la obligación principal, mientras que la obligación accesoria puede tener una finalidad diversa, como complementar la obligación principal. Por lo tanto, hay una relación de género a especie entre la obligación accesoria y la obligación penal, siendo aquélla más extensa que ésta.

3743 Lafaille, Héctor. *Curso de contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1928, pp. 146-149.
3744 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, pp. 27 y 28.

A modo de conclusión, y sin ánimo de ser redundantes, consideramos conveniente insistir en que la accesoriedad de la obligación penal —como hemos visto— está plenamente reconocida por la doctrina[3745].

Finalmente, sobre este punto, la jurisprudencia nacional[3746], ha señalado lo siguiente: La cláusula penal es una estipulación accesoria añadida a un contrato por la cual, y para asegurar la ejecución de la prestación, se somete el deudor a pagar una multa o a realizar otra prestación en caso de retardo o incumplimiento. Se le denomina también pena convencional, que viene a ser una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor para el caso de incumplimiento o retardo de su obligación. Es un pacto accesorio en el que se estipula multas o penas a cargo del deudor que dejare de cumplir o retarde el cumplimiento de su prestación.

2.1. Consecuencias del principio de accesoriedad de la cláusula penal

A continuación, procederemos a estudiar las principales consecuencias que se derivan del carácter accesorio de la cláusula penal.

Kemelmajer de Carlucci[3747] recuerda que el artículo 663 del Código Civil de su país dispone que «La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal».

El fundamento de la solución radica —según ella— no sólo en la accesoriedad de la cláusula, como lo señala Vélez Sarsfield en la nota al artículo trascrito, sino igualmente en el carácter sancionatorio de la estipulación; siendo la cláusula penal un medio de compeler al cumplimiento de la principal, de aceptar la validez de la cláusula no obstante la nulidad de aquélla, se estaría autorizando implícitamente a las partes para eludir las prohibiciones establecidas por la ley, permitiéndoles atribuir eficacia, de manera indirecta, a aquellas estipulaciones que, en razón de su objeto o de su causa, importan actos o contratos prohibidos por la ley o no reconocidos por ella.

Por su parte, Castán Tobeñas[3748] considera que la regla se aplica sólo a la nulidad absoluta y no a las otras formas de nulidad, que dejando subsistente la posibilidad de que la obligación llegue a producir efecto (por confirmación del acto que le dio origen), justifican y exigen el mantenimiento de la función de garantía que la cláusula penal desempeña.

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci manifiesta que la nulidad o anulabilidad de la obligación principal traerá aparejada la misma invalidez

3745 Entre los tratadistas consultados que destacan el carácter accesorio de la cláusula penal, tenemos a Lobato de Blas (Lobato de Blas, Jesús María. *Op. cit.*, p. 104), Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 426) y Dávila González (Dávila González, Javier. *Op. cit.*, p. 149).

3746 Casación n.º 761-2003-Lima.

3747 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 63-65.

3748 José Castán Tobeñas, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 64.

de la accesoria. Es decir, si se trata de una nulidad o anulabilidad relativa, la cláusula penal adolecerá de la misma sanción y, en consecuencia, siguiendo la suerte de la principal, podrá ser confirmada si cesan los vicios que atacaban a esta última.

Agrega que la cláusula penal no puede subsistir sin una obligación válida y que por ello se comprenden no sólo los vicios de nulidad sino, en general, todos los supuestos de invalidez.

Siguiendo el principio enunciado, puede afirmarse —señala la profesora— que es nula la cláusula penal tendiente a reforzar una obligación contraria a la moral, a las buenas costumbres o a la ley; por ejemplo, si es accesoria de un convenio que de un modo franco o solapado viola la libertad de trabajo, o la libertad de contraer matrimonio; o si accede a un contrato de sociedad que tiene por objeto dedicarse al contrabando[3749].

Luego de lo expuesto, Kemelmajer concluye precisando que los jueces argentinos han resuelto reiteradamente que el carácter de la cláusula penal conduce a su nulidad cuando también es nula la obligación principal.

En lo que a nosotros respecta, coincidimos con los criterios reseñados, en el sentido de que constituye primera y fundamental consecuencia de la accesoriedad de la cláusula penal, el hecho de que la nulidad de la obligación garantizada por ella acarrea la nulidad de la cláusula penal. Se trata de la simple aplicación del antiguo y muy recurrido principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

No obstante lo expresado, se requiere distinguir diversas situaciones. Así, una primera estaría constituida por el supuesto en el cual la nulidad afectara al acto jurídico en su conjunto. Estamos refiriéndonos al caso en que el acto jurídico de donde emana la obligación principal fuera nulo.

En tal sentido debe tenerse presente para el análisis del tema lo establecido por el artículo 224 del Código Civil peruano, el que prescribe que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables (argumento del primer párrafo del referido artículo).

Esto significa que si un contrato se encontrara viciado de nulidad absoluta, y la causa de dicha nulidad no pudiera conducir a la separación (y subsistencia como válidas) de aquellas cláusulas que no son nulas, entonces todo el acto jurídico sería

3749 Bajo esta línea de análisis, Kemelmajer expresa que la jurisprudencia alemana registra un caso interesante vinculado a deberes derivados del Derecho de Familia. «La parte actora en un juicio de divorcio desistió de su demanda. Esta conducta obedeció a la circunstancia de haberse firmado un convenio por el cual —entre otras estipulaciones— se pactaba que durante la vida en comunidad, el marido debía pasarle a la esposa una determinada pensión alimenticia, la cual estaba asegurada mediante una cláusula penal. El tribunal alemán consideró nula toda la convención por constituir restricciones inadmisibles a la libertad personal y económica de los esposos y por contrariar a la esencia moral del matrimonio (se pactaba que el marido debía separar a un hermano de su comercio, no asociar a parientes, no efectuar solo viajes de negocio o de placer, etcétera). Declaró, en consecuencia, nula la cláusula penal estipulada en garantía de las obligaciones alimentarias».

nulo, resultando indiferente si el vicio de esa nulidad estaba referido a la obligación principal garantizada con cláusula penal o a cualquiera de las otras obligaciones que dicho acto originaba.

De lo expresado también resulta evidente que si el acto contenía la cláusula penal, es decir, si se había pactado en el mismo contrato de cuya nulidad estamos hablando, ella sería nula «por partida doble».

En primer lugar, su nulidad se originaría por aplicación de lo dispuesto en el citado primer párrafo del artículo 224 del Código Civil. Luego lo sería por aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal». Además, este principio de accesoriedad se encuentra regulado expresamente por la ley, cuando en el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil se establece que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido pactada en un acto o contrato distinto de aquél a cuya nulidad nos estamos refiriendo.

En este último caso, es evidente que el acto que contiene la cláusula penal no sería nulo en virtud de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 224, pero sí en aplicación del principio de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal».

Ahora bien, debemos dejar establecido que también resultaría aplicable lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil, ya que dicha norma, al establecer que la nulidad de la obligación principal conlleva la nulidad de las obligaciones accesorias, no hace distinción entre si las obligaciones accesorias y la obligación principal tuvieron su origen en un mismo acto jurídico o si nacieron de actos jurídicos distintos.

Más allá de que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue, resulta evidente que la consecuencia debe ser la misma para ambos casos, habida cuenta de que lo que se encuentra en juego aquí es el principio de accesoriedad de una obligación con respecto a otra, y no de un acto jurídico en sí mismo, razón por la cual resulta absolutamente intrascendente si dichas obligaciones tuvieron su origen en el mismo acto jurídico o en actos jurídicos distintos.

En segundo lugar, debemos analizar el caso de si el vicio de nulidad sólo afecta a la obligación principal garantizada por la cláusula penal, y no al resto de obligaciones generadas por el contrato de donde emana la obligación principal afectada de nulidad.

En este caso, si fuese divisible la nulidad de la obligación principal de la validez de las demás cláusulas, ello tendría como consecuencia que el acto jurídico seguiría subsistiendo como válido sin la presencia de aquella obligación principal que se encontraba garantizada por la cláusula penal.

Lo expresado significa que dicha obligación, al igual que la cláusula penal que la garantizaba, sería nula, subsistiendo el acto jurídico en lo demás que contiene.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FAVRE

Dentro de tal orden de ideas, será evidente que si la nulidad afectase a otras cláusulas del acto y no a aquella obligación principal garantizada con la cláusula penal, el referido acto jurídico podría subsistir incluyendo a la obligación garantizada con cláusula penal, siempre y cuando le resultara aplicable el principio de divisibilidad a que hemos hecho referencia y que se encuentra contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código nacional.

Cabe también subrayar la posibilidad de que la cláusula penal hubiese sido estipulada para garantizar el cumplimiento no sólo de una, sino de dos o más obligaciones nacidas de un contrato.

Si ello fuera así, debería señalarse la posibilidad de que alguna o algunas de dichas obligaciones principales fuesen nulas.

En tal caso —siempre aplicando el principio de divisibilidad contenido en el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil—, deberíamos concluir en que la cláusula penal subsistiría, garantizando únicamente aquellas obligaciones que fueran válidas.

En tercer lugar, debemos mencionar el supuesto en el cual el vicio de nulidad afecte sólo a la cláusula penal. En este caso, la solución es evidente, pues si bien lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo principal no sigue necesariamente la suerte de lo accesorio; lo que equivale a decir que la obligación o las obligaciones principales garantizadas con la cláusula penal seguirían manteniendo plena validez, a pesar de la nulidad de la cláusula penal.

En tal sentido, mal podrían seguir siendo denominadas como obligaciones «principales», en la medida en que ya no podrían ser confrontadas con aquella que era obligación «accesoria» (la cláusula penal), pues ésta ya no existiría.

La posibilidad de que aquí pudiera quebrantarse el principio de que lo principal no necesariamente sigue la suerte de lo accesorio, sería el caso en el cual debiésemos aplicar como solución la indivisibilidad del acto jurídico, como sucedería si la cláusula penal nula fuese la única estipulación inválida de una transacción, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1310 del Código Civil, la transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, ella quedaría sin efecto, salvo pacto en contrario.

Por otra parte, y luego de haber expresado nuestra opinión en torno de la nulidad absoluta como efecto accesorio de la cláusula penal, debemos manifestar nuestro parecer en torno de la anulabilidad.

Precisa señalarse que resultarán aplicables a este tema, *mutatis mutandis*, las ideas vertidas al analizar el caso de la nulidad.

No obstante, es necesario aclarar que la anulabilidad puede tener algunas soluciones distintas, en la medida en que el acto anulable, mientras no sea declarado nulo, vale decir, mientras no exista sentencia judicial con carácter de cosa juzgada que así lo establezca, será un acto válido. Como se sabe, el acto anulable sería un acto de validez actual e invalidez pendiente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de esos conceptos, cabría la posibilidad de que un acto afectado de un vicio de anulabilidad nunca sea declarado nulo, por las más diversas razones, dentro de las cuales se podrían encontrar el que la parte afectada nunca hubiera demandado su anulación o que, habiéndolo hecho, su demanda hubiera sido interpuesta después de haber vencido el plazo de prescripción establecido por el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil peruano, esto es, luego de dos años contados desde el momento de la celebración del acto.

En adición a lo expuesto, cabría efectuar respecto al tema de la nulidad y la anulabilidad diversos comentarios en torno a la posible combinación de situaciones, como sería el caso en que la obligación principal fuese anulable y la cláusula penal nula, el caso inverso o algunas otras situaciones similares, pero relativas a las demás cláusulas del acto o al acto jurídico en su conjunto.

Sin embargo, nos abstendremos de ingresar al estudio de estos temas en la medida en que ello resultaría en extremo casuístico y desproporcionado con los objetivos de nuestro trabajo, y que su solución, usualmente, se hallaría aplicando los principios que acabamos de analizar.

Por su parte, Lafaille[3750], siguiendo este orden de ideas, también afirma que de la circunstancia de ser la cláusula penal una obligación accesoria surge el que la nulidad de la obligación principal trae la nulidad de la obligación accesoria, salvo los casos de excepción.

Pero, por otra parte, el propio Lafaille indica que este principio de accesoriedad también se extiende al supuesto en el cual debido a que se extingue la obligación sin culpa del deudor, queda también extinguida la obligación accesoria. Así, cita como ejemplo el caso en el cual debido a un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor o cualquiera otra de las imposibilidades de pago admitidas por la ley se produjera el incumplimiento de la obligación y no pudiera hacerse efectiva la cláusula penal, porque al extinguirse la obligación principal habría también quedado extinguida la obligación accesoria.

Coincidiendo con lo anteriormente señalado, Sanz Viola[3751] afirma que la consecuencia del carácter accesorio de la obligación penal es, conforme al antiguo adagio *accesorium sequitur principale*, la comunicación del régimen jurídico de la obligación principal a la penal, a consecuencia de la relación vertical y jerarquizada de subordinación y dependencia que implica. Por lo expuesto, la profesora española considera que la extinción de la obligación principal conlleva la de la obligación penal.

Como fue visto en su oportunidad, es claro e incontrovertible el principio de que la nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la cláusula penal que asegura o garantiza específicamente dicha obligación principal. De ello nos hemos ocupado en extenso en páginas anteriores.

3750 Lafaille, Héctor. *Curso de contratos. Op. cit.*, pp. 81 y 82.

3751 Sanz Viola, Ana María. *Op. cit.*, p. 29.

Como puede observar el lector, luego de pronunciarse acerca de la nulidad, la doctrina señala que, en términos generales, la extinción de la obligación principal acarrea la extinción de la obligación accesoria.

En tal sentido, lo primero que resulta necesario establecer es que la nulidad es una especie del género llamado extinción de la obligación principal. En otras palabras, la nulidad de la obligación principal es una de las tantas causas por las cuales se extingue dicha obligación, pero no la única.

El propio Código Civil establece numerosos supuestos en los cuales una obligación puede extinguirse. Nos vamos a referir a aquéllos que constituyen medios extintivos de las obligaciones.

Como se recuerda, el medio extintivo idóneo de las obligaciones es el pago, que no es otra cosa que el cumplimiento de la prestación en los términos convenidos.

En tal sentido, resultará absolutamente claro que si una obligación es pagada, la cláusula penal que la aseguraba no tendría razón de ser; ello, por cuanto la cláusula penal tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la obligación, y en tanto tal obligación hubiese sido cumplida, no tendría razón de existir, salvo que hubiere sido pactada para asegurar el cumplimiento oportuno de la obligación, y éste se hubiese producido de manera tardía, lo que equivale a decir que se habrían generado daños y perjuicios moratorios, que deberán ser indemnizados con la penalidad moratoria pactada.

Por otra parte, podríamos imaginar que si bien se hubiese ejecutado la obligación, su cumplimiento hubiera sido parcial o defectuoso. En este caso, como la cláusula penal habría tenido función compensatoria, sería evidente que ella subsistiría a pesar de que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

En otras palabras, dejamos en claro que la cláusula penal dejará de tener existencia en la medida en que la obligación principal que garantiza hubiese sido cumplida de manera idónea, no ocurriendo lo mismo si existiesen reclamos de orden compensatorio o moratorio. Se podría decir que en estos casos, la cláusula penal adquiere autonomía con respecto de la obligación principal, no aplicándose el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En segundo término, debemos plantearnos el caso en el cual nos encontremos en presencia de una cláusula penal que garantice el cumplimiento de una obligación principal que genere intereses.

Como sabemos, la deuda de intereses posee cierta autonomía con respecto a la obligación principal de la cual emanan. Ello acarrea como consecuencia que sea factible la subsistencia de la deuda de intereses en el supuesto en el cual la obligación principal ya se hubiese pagado y quedara pendiente de pago un saldo de esos intereses.

Dicha situación nos conduce necesariamente a afirmar que si la obligación que generaba intereses se encontraba garantizada por una penalidad, tal penalidad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

subsistiría como garantía del pago de los intereses adeudados, a pesar de que la obligación principal ya se hubiese extinguido.

Éste sería otro supuesto en el cual se quebrantaría la solidez del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en lo que atañe a las cláusulas penales.

Por otra parte, resulta necesario mencionar las consecuencias de la cláusula penal en materia consignatoria.

Como sabemos, el pago por consignación constituye el mecanismo que el Derecho otorga a los deudores para ejercer el derecho de pagar.

Dentro de tal orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en la ley, la consignación válidamente efectuada extingue la obligación con efecto retroactivo al día del ofrecimiento de pago; esto implicaría que en tanto se haya pagado la prestación por haberse consignado lo debido, también se habría extinguido la cláusula penal pactada, en la medida en que ya no habría obligación alguna que garantizar.

No obstante, resulta importante reparar en que la extinción de la cláusula penal estará a las resultas de la sentencia del proceso en el cual se discuta la procedencia o improcedencia de la consignación. De esta forma, siguiendo la ficción legal anotada, la extinción de la cláusula penal se entenderá producida retroactivamente al momento de ofrecimiento del pago, en caso de que proceda la consignación.

Por otra parte, en la imputación del pago el tema de la accesoriedad de la cláusula penal tampoco ofrecerá mayores inconvenientes, habida cuenta de que aquí se procederá a imputar el pago a alguna de las deudas que eventualmente mantuviera el deudor con el acreedor.

Si al momento de efectuar el pago el deudor lo imputara a alguna de sus obligaciones (y no hubiese argumento legal que le impida hacerlo), entonces desde ese momento se extinguirá dicha obligación, que —vamos a suponerlo— estaba garantizada por una cláusula penal.

Si el deudor no imputara el pago, el acreedor gozará del derecho de hacerlo cuando otorgue al deudor el recibo correspondiente.

En esta última eventualidad, será posible que el acreedor impute el pago a la obligación garantizada con cláusula penal o a alguna que no lo estuviese. En el primer caso, resultará evidente que se producirá la extinción de la obligación garantizada. En el segundo, ella se mantendrá vigente.

En el supuesto en que ni el deudor ni el acreedor hayan procedido a imputar el pago, al mantenerse la incertidumbre en torno a cuál de las obligaciones es aquélla que se ha pagado, no podríamos hablar de la extinción de la cláusula penal. Pero de presentarse un conflicto entre las partes y se tuviera que aplicar la solución de la imputación legal, contemplada por el artículo 1259 del Código Civil, entonces la primera opción de esta norma es la de considerar que se aplicará el pago a la deuda menos garantizada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En tal sentido, y a pesar de no haberlo manifestado de manera expresa, cuando analizamos el tema en esta misma obra, cabe señalar que si una deuda estuviese garantizada por una cláusula penal, y otra u otras deudas fueran simples y sin garantía alguna, debería considerarse que la deuda respaldada por la cláusula penal es aquélla que se encuentra más garantizada que las demás, en función de que si bien es cierto que la cláusula penal no representa una garantía en sentido estricto, en sentido amplio sí lo es, tal como fue manifestado por nosotros oportunamente.

Por otra parte, debemos referirnos a la cláusula penal y a la dación en pago.

Como sabemos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1265 del Código Civil, el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

En este sentido, si se produjese la extinción de la obligación a través de dicho medio, en ese preciso instante dejaría de tener existencia la cláusula penal que garantizaba o respaldaba su cumplimiento.

En torno al tema del pago indebido, podemos afirmar que no se producirá la extinción de la obligación, en la medida en que no se haya pagado la obligación principal. Así, si el pago indebido condujo a que el deudor no pagara la obligación que le correspondía pagar, es decir, en nuestro caso aquélla garantizada con cláusula penal, dicha obligación se mantendría vigente.

El deudor verá extinguida la referida obligación y, por lo tanto, la cláusula penal dejará de tener existencia, en el momento en que efectivamente logre pagar la obligación a aquél a quien le debía y no le había pagado.

Ya en sede de novación, podemos decir que si la obligación que estuviese respaldada por una cláusula penal fuese novada por otra, en ese mismo momento habría dejado de tener existencia la cláusula penal, pues al haber desaparecido la obligación principal, la penalidad habría corrido la misma suerte, en virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1283 del propio Código Civil, precepto que señala que en la novación no se trasmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

Ahora bien, si mediante pacto se produjese esa renovación de garantías, específicamente en lo que respecta a la penalidad que respaldaba el cumplimiento de la primera obligación, dicha penalidad recién se volvería a ver extinguida cuando se extinguiese la segunda obligación, sea por el medio que fuere.

Por otra parte, si la obligación garantizada con la cláusula penal se extinguiese por compensación unilateral (artículo 1288 del Código Civil) o bilateral (artículo 1289 del acotado), será ése el instante en el cual se verá extinguida la cláusula penal que respaldaba su cumplimiento.

De otro lado, es claro, también, que la cláusula penal se verá extinguida cuando el acreedor acuerde con el deudor la condonación de la deuda, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1295 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo propio ocurrirá si la obligación garantizada con la penalidad se extingue en virtud de la consolidación, por reunirse en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y de deudor; pero si se produjera el cese de la consolidación, la obligación extinguida renacería con todos sus accesorios (incluida una eventual cláusula penal), sin perjuicio del derecho de terceros. Para el caso que nos ocupa, es claro que si la cláusula penal hubiese sido otorgada por un tercero, ella no renacería si cesara la consolidación.

La transacción, como sabemos, es un medio extintivo de obligaciones, pero que, dadas sus características y amplitud, también podría revestir la calidad de creadora, reguladora o modificatoria de obligaciones. Se la emplea como un medio para la solución de problemas existentes entre las partes, con independencia de si se extinguen plenamente las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Dentro de tal orden de ideas, es lógico pensar que la transacción pueda extinguir alguna relación obligatoria que se encontrara garantizada con cláusula penal o, a su turno, crear, regular o modificar alguna obligación garantizada con dicha cláusula.

Finalmente, nos referiremos a la cláusula penal y el mutuo disenso.

Como sabemos, a través del mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Pero, para que exista mutuo disenso, las partes que lo celebran deben tener obligaciones pendientes de cumplimiento. En caso contrario, se trataría de una condonación.

Conforme a lo expresado, resulta evidente que dentro de las obligaciones extinguidas por mutuo disenso, perfectamente se podría encontrar alguna garantizada con cláusula penal. En el caso de este medio extintivo de obligaciones, sí se aplicaría el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por otra parte, indica Busso[3752] que del carácter accesorio de la cláusula penal surge como consecuencia de que el derecho primordial del acreedor es el de obtener la prestación principal y la pena constituye para él una simple opción, sin que pueda el deudor liberarse con su ofrecimiento.

Siguiendo esta línea argumentativa, Colin y Capitant[3753] subrayan el carácter accesorio de la cláusula penal. La cláusula penal —dicen— tiene por fin asegurar el cumplimiento de una convención, lo que trae como consecuencia que el acreedor, en lugar de pedir el cumplimiento de la pena estipulada contra el deudor que ha incurrido en mora, puede pedir el cumplimiento de la obligación principal.

Precisan Colin y Capitant que no hay que entender este texto (el artículo 1228 del Código Napoleón) en el sentido de que significa que el acreedor podría elegir (como lo permitiría el Código Civil alemán, artículo 340) entre pedir ya el cumplimiento de la obligación, ya el pago de la pena estipulada, pues si así fuera,

3752 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 463.

3753 Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil. Op. cit.*, tomo III, p. 52.

estaríamos en presencia no de una obligación con cláusula penal, sino de una obligación alternativa.

Aclaran los profesores citados que lo que el artículo 1228 del Código Civil francés quiere decir es que la estipulación de la cláusula penal no impide al acreedor pedir el cumplimiento de la obligación principal. Únicamente en el caso de que ésta sea imposible debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios.

Con base en estos mismos conceptos se pronuncia Emiliani Román[3754], quien afirma que como consecuencia del carácter accesorio de la cláusula penal se concluye en que ésta sigue la suerte de la obligación principal. De lo señalado —considera el autor—, se desprende que si la obligación principal es nula, se considerará nula la cláusula penal, por la razón obvia de que no puede subsistir por sí sola.

A modo de conclusión, es preciso recordar que un sector mayoritario de la doctrina[3755] comparte las consecuencias que se derivan del carácter accesorio de la cláusula penal, señaladas con anterioridad.

El carácter accesorio de la cláusula penal se manifiesta en el artículo 1345 del Código Civil peruano de 1984. Dicha norma prescribe que «La nulidad de cláusula penal no origina la de la obligación principal».

Lo expresado —como se ha dicho—, encuentra fundamento en que la pena convencional es una cláusula accesoria en relación de dependencia con la obligación principal. Aquélla no podría influir sobre la existencia de ésta, pues la nulidad de la cláusula no acarrea la de la obligación principal. Por el contrario —como lo manifiesta la totalidad de los tratadistas consultados—, la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, ya que ésta equivale al resarcimiento por causa de inejecución de una obligación, de suerte que si la obligación no es exigible porque es nula, no hay lugar a resarcimiento alguno.

A decir del maestro León Barandiarán[3756], es preciso afirmar que si la cláusula penal tiene por objeto asegurar la ejecución de una prestación prometida, su razón de ser es así, dependiente de la eficacia de la obligación principal; y, en consecuencia, la cláusula penal no puede colocar bajo exigibilidad jurídica a promesas prohibidas o ilícitas, ni a aquéllas a las cuales el orden jurídico niega su reconocimiento, por carencia de un interés digno de ser protegido. Por lo tanto, la cláusula penal es un medio de seguridad para el cumplimiento de una promesa eficaz, no teniendo la fuerza para generar por sí misma intereses jurídicamente reconocidos.

3754 Emiliani Román, Raimundo. *Op. cit.*, p. 296.

3755 En este sentido, autores como Josserand (Josserand, Louis. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 522), Cazeaux y Trigo Represas (Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 241) y Bustamante Alsina (Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 165), entre muchos otros, coinciden en las consecuencias que se desprenden del principio de accesoriedad de la cláusula penal antes estudiadas.

3756 José León Barandiarán, citado por Osterling Parodi, Felipe. *Derecho de Obligaciones. Materiales de enseñanza*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, tomo I, pp. 351-353.

Agrega el jurista peruano que no modifica la consecuencia anotada el hecho de que la pena no tenga efectos si no es exigible la obligación principal. La circunstancia de que las partes conocieran la ineficacia de la obligación y pretendieran pagarla con la estipulación de una cláusula penal no remediaría el problema.

Asimismo, siguiendo a León Barandiarán, diremos que es importante señalar que como consecuencia del principio *accesio cedit principale*, se comprende que no podrá exigirse la pena estipulada cuando tenga por objeto sancionar una obligación ilícita o que repugne a las buenas costumbres. De otro lado, no podrá aquélla ser demandada, cuando se haga imposible el cumplimiento de la obligación por culpa del acreedor y también por caso fortuito. La fundamentación es obvia. La pena es expresiva de los daños y perjuicios por incumplimiento, y no puede haber lugar a éstos cuando el incumplimiento no es imputable al deudor, pues en tal hipótesis se resuelve la obligación principal.

Finalmente, León Barandiarán anota que el principio mismo que informa la recíproca relación entre la pena y la obligación principal está constituido porque la extinción de la última acarrea la de la primera. Por eso, si se cumple la obligación mediante su pago, la pena no tiene posibilidad de actuar, lo mismo si se incumple sin culpa del deudor.

De manera adicional, consideramos pertinente remitirnos a la Casación n.º 3031-1999-Lima, de fecha 30 de noviembre de 2000, que hace referencia al principio de conservación del contrato ante una cláusula penal que pacta una indebida acumulación de intereses capitalizables, «*Octavo.*- Que, en el caso sub materia, se ha establecido como cuestión fáctica que la cláusula décima del contrato de locación de servicios asistenciales y hospitalización contiene una penalidad que se añade al capital el uno por ciento por cada día de retraso; por consiguiente, el citado pacto de la cláusula penal contiene ocultamente una capitalización de intereses o anatocismo, que expresamente está prohibida por la norma de carácter imperativa prevista en el artículo mil doscientos cuarentinueve (*sic*) del Código Civil, norma que resulta de aplicación al presente caso. *Noveno.*- Que, asimismo, la capitalización de intereses oculta bajo un pacto de cláusula penal, constituye una excesiva onerosidad en la prestación que expresamente se encuentra sancionado en el artículo mil cuatrocientos cuarenta del Código Civil. *Décimo.*- Que, el criterio señalado en el octavo considerando tiene como antecedente al Derecho romano en el cual la penalidad perdía su eficacia cuando las partes habían querido eludir un pacto indebido de acumulación de intereses: Carlos Cárdenas Quirós "Estudios de Derecho Privado", Ediciones Jurídicas, página trescientos cincuentiuno (*sic*), Edición mil novecientos ochenticuatro (*sic*); en "reflexiones sobre la mutabilidad o inmutabilidad de la pena obligacional. *Décimo primero.*- Que sin embargo, de acuerdo a nuestra legislación civil que consagra el principio de conservación del contrato, que implícitamente se encuentra contenido en el artículo mil doscientos cuarentitrés (*sic*) del Código Civil, la indebida acumulación de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

intereses no origina la ineficacia total de la cláusula sino solamente su ineficacia parcial en cuanto al exceso».[3757]

2.2. Excepciones al principio de accesoriedad de la cláusula penal

No obstante la tradición prácticamente universal que postula el carácter accesorio de la obligación penal y que comparte las consecuencias que de ella se derivan, se ha pretendido introducir excepciones, las que responden a una estructura especial —como señala Colmo—[3758], en virtud de la cual no puede decirse que la pena tenga carácter accesorio, sino que más bien constituye un objetivo de la convención, paralelo al objetivo representado en la prestación principal.

A continuación, estudiaremos las siguientes excepciones.

2.2.1. Cuando el deudor conocía la causal de invalidez al momento de la celebración del acto

Winscheid[3759] ha formulado la siguiente distinción: si al momento de la celebración del acto el deudor ignoraba la nulidad de lo principal, la cláusula penal es también nula. En cambio, si el deudor conocía dicha invalidez, la cláusula penal lleva implícita una renuncia a ejercer la acción de nulidad y, por ello, su validez dependerá de la eficacia de esta renuncia.

Bajo esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci[3760] precisa que si se trata de acciones de nulidad renunciables (sólo las nulidades relativas en el Derecho argentino), y el deudor hace valer la nulidad no obstante el pacto de no accionar, debe la pena.

Esta solución —añade la profesora citada— recibió acogida parcial en el Proyecto de Código Civil argentino de 1936, que en su artículo 606 disponía que un tercero puede responsabilizarse para el caso de que el deudor invocare la nulidad del crédito, siempre que el tercero conociere la causa de ésta y que ella no derivase de una contravención a las disposiciones relativas al objeto de los actos jurídicos[3761].

Por otra parte, es importante anotar que dicha posición ha sido rechazada enfáticamente por un sector considerable de autores, quienes, como Borda[3762], insisten en que no conviene legitimar procedimientos que, por un rodeo, concluyen transformando en letra muerta las reglas sobre nulidad.

3757 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 419. Consultado en: https://lpderecho.pe/indebida-acumulacion-intereses-capitalizables-pactados-clausula-penal-no-origina-nulidad-contrato-principio-conservacion-casacion-3031-1999-lima/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

3758 Alfredo Colmo, citado por Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 463.

3759 Bernhard Winscheid, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 65 y 66.

3760 *Idem.*

3761 Esta posición ha sido defendida con algún éxito por autores italianos. En este sentido, Francesco Ricci, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 66. Cita jurisprudencia de la Corte de Casación de Nápoles.

3762 Guillermo A. Borda, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 66.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci comparte la solución del artículo 344 del Código Civil alemán, que expresamente declara la nulidad de la cláusula aun en los supuestos en que quien contrató hubiese conocido la ineficacia del título.

Para concluir, debemos señalar nuestra adhesión a la posición antes descrita. Por lo tanto, consideramos que no constituye una excepción al principio de accesoriedad de la cláusula penal la circunstancia de que el deudor, al momento de la concertación, haya conocido la causal de invalidez de la obligación principal, ya que en estos casos también debe declararse la nulidad de la pena convencional.

Resulta indiferente, por lo tanto, si el deudor tenía o no conocimiento de la nulidad de la obligación principal, pues no hallamos razón alguna para deducir que si tuviera tal conocimiento, estaría renunciando a la posibilidad de hacer valer ese efecto con relación a la penalidad pactada.

Por tanto, quien conoce la nulidad de la obligación principal estaría contrayendo una cláusula penal con el tácito conocimiento de que nunca podrá llegar a exigirse su cumplimiento.

Se entiende que todas las consideraciones mencionadas se refieren al hecho de que la nulidad de la obligación principal sea absoluta.

Ahora nos corresponde emitir opinión para el caso en que tal nulidad fuese relativa.

En principio, debemos dejar establecido que resultará inusual suponer que el deudor de la obligación principal la contraiga a sabiendas de que ella es anulable, más aún cuando los supuestos de anulabilidad generalmente implican el desconocimiento por el deudor del carácter anulable del acto, como sería el caso de los actos jurídicos celebrados mediando error o dolo (error inducido).

En otros casos, en cambio, el deudor podría ser consciente del carácter anulable del acto, precisamente al momento en que lo celebra, como sucedería si lo hace presionado por intimidación o violencia, o en cualquier otro supuesto similar.

Dentro de tal orden de ideas, descartando el primer caso y asumiendo el segundo, vemos que tal situación podría resultar factible en la realidad de los hechos.

Así, correspondería preguntarnos si la celebración de un acto viciado de anulabilidad, con la existencia de una cláusula penal no viciada, implicaría la renuncia tácita del deudor a demandar la anulación del acto o la anulación de la obligación principal.

Pensamos que la respuesta negativa se impone por una simple cuestión de lógica, en la medida en que se configuraría una situación de absoluta inequidad si aplicásemos el razonamiento opuesto.

La nulidad de la obligación principal debe acarrear la nulidad de la cláusula penal, resultando intranscendente —para tal efecto— el hecho de si el deudor conocía, al momento de celebrar el acto, la causal de anulabilidad que afectaba a la obligación principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En estos casos no existe presunción de convalidación alguna. En tal sentido, precisa recordarse lo dispuesto por el artículo 218 del Código Civil, que declara nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

2.2.2. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos en los que se vende cosas ajenas

Aquí tratamos sobre la relación existente entre la venta de bien ajeno y la cláusula penal.

En primer lugar, cuando nos referimos a un contrato de venta de bien ajeno, estamos aludiendo, precisamente, a un contrato de compraventa y no a una figura similar, parecida o afín. Aquí el contrato de compraventa es común y corriente, regido por los artículos 1529 a 1601 del Código Civil, siendo su único elemento distintivo —y el que le da el carácter de interés doctrinario— que el bien objeto de la prestación del vendedor no le pertenece en propiedad al momento de la celebración del contrato.

Luego, conviene precisar que la contratación en general sobre bienes ajenos, y en especial el contrato de compraventa de bienes de tal carácter, no tiene relevancia en todos los casos, sino sólo cuando estamos ante bienes ciertos. Los supuestos de bienes indeterminados o de bienes fungibles carecen de importancia para nuestro análisis, aunque al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor.

En principio, el género a nadie le pertenece y la especie tampoco, a menos que estemos hablando de géneros tan limitados que puedan pertenecer exclusivamente a una persona.

Pero vamos a ocuparnos de un género cualquiera. Por señalar un ejemplo, el género de los automóviles. Sin lugar a dudas, a nadie pertenecerán todos los automóviles existentes, pero podría darse el caso en que a una persona no le pertenezca algún automóvil que se ha obligado a entregar.

Aquí caben dos posibilidades: que esa persona se haya obligado a entregar un automóvil perfectamente identificado, es decir, un bien cierto; o que se haya comprometido a entregar un automóvil de una determinada marca, sin especificarlo ni determinarlo, supuesto en el cual estaremos ante una obligación de dar un bien incierto o indeterminado.

No hay duda de que el primer contrato (aquél de bien cierto) deberá regirse por las normas del contrato de venta de bien ajeno, ya que al tratarse de un bien cierto o determinado al tiempo de la celebración del contrato, será verdaderamente relevante que ese bien pertenezca o no a quien se obliga a transferirlo. Aquí se plantea el tema de la contratación sobre bienes ajenos y sus consecuencias teóricas y prácticas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El bien no es de quien lo vende, y como se trata de una prestación cierta de propiedad de un tercero, vamos a analizar las soluciones que plantea la ley para resolver el problema.

Todo se reduce a la duda de qué pasará si el dueño del bien no transfiere la propiedad al vendedor, a fin de que éste, a su vez, pueda transferirlo al comprador. Si el vendedor no logra obtener la propiedad, simplemente no podrá cumplir la obligación que ha asumido. Éste es un supuesto complejo y, por lo tanto, digno de tratamiento y regulación.

Volviendo al caso de un vehículo indeterminado, pero determinable (sólo determinado en su especie y cantidad), él no plantea problemas.

En estos casos no es poco usual que los bienes no pertenezcan a quien se obliga a transferirlos, y si no se ha efectuado una determinación de éstos al momento de la celebración del contrato es porque el vendedor podrá adquirirlos en el mercado.

Es por tal razón que en el caso de los bienes inciertos, no obstante que éstos revistan el carácter de ajenos (y también podría tratarse de bienes futuros), deberá aplicárseles la normativa que corresponde a los bienes presentes. Es decir, si se tratase, como en el ejemplo anotado, de un contrato de compraventa, no deberá regir ninguna de las normas de excepción relativas a los bienes ajenos o futuros, sino los preceptos generales del contrato de compraventa, así como, previamente, a fin de efectuar la elección, los referentes a las obligaciones de dar bienes inciertos.

Similares conceptos se aplican a los bienes fungibles que al momento de la celebración del contrato no pertenezcan en propiedad al vendedor. En el caso de estos bienes, en los que cada uno equivale al otro y son plenamente intercambiables, serán de aplicación las normas relativas al contrato de compraventa.

Aquí cabe tener presente que ésta fue una de las excepciones más importantes de la doctrina y jurisprudencia francesas del siglo XIX, para sustraer de la nulidad del artículo 1599 del Código Napoleón a los contratos respecto a bienes ajenos que se celebraran sobre bienes indeterminados o fungibles.

Pero ahora no necesitamos ratificar dicha excepción como causal de salvación de un acto jurídico, sino lo hacemos como fundamento doctrinario básico para determinar cuál debe ser su tratamiento.

Manuel de la Puente y Lavalle[3763] coincide con nuestras apreciaciones acerca de los diversos contratos susceptibles de tener como objeto de sus prestaciones bienes ajenos, y señala, en criterio que compartimos, que los principales problemas planteados por la doctrina al respecto se circunscriben al contrato de compraventa.

Entendemos por venta de bien ajeno, en estricto, a aquel contrato de compraventa celebrado entre un vendedor que no es propietario del bien que vende,

3763 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo III, pp. 436-439.

y un comprador común y corriente; surgiendo de este contrato, como en cualquier compraventa, la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador y la obligación del comprador de pagar su precio en dinero o signo que lo represente.

En tal sentido, la venta de bien ajeno ideal sería aquélla en donde comprador y vendedor supiesen que el bien es de propiedad de un tercero; pero somos conscientes de que en la mayoría de casos ello no será así.

Ahora bien, para señalar cuáles serían las consecuencias de pactar una cláusula penal que asegure o garantice el cumplimiento de la obligación del vendedor en una venta de bien ajeno, resulta imprescindible abordar el tema desde la perspectiva de las diversas teorías en torno a la figura de la venta de bien ajeno.

En tal virtud, debemos tratar sobre las posiciones que sostienen que dicho contrato es nulo, anulable, resoluble o válido; la de aquellos códigos civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el particular; y los que lo consideran rescindible.

2.2.2.1. Contrato nulo

A raíz de la promulgación del Código Civil francés (1804), el más importante del proceso codificador de los siglos XIX y XX, se suscitó una interesante discusión sobre la materia. Este Código contiene una norma, el artículo 1599, que señala que la venta de bien ajeno es nula, pudiendo dar lugar al abono de daños y perjuicios cuando el comprador haya ignorado que la cosa fuere de otro. Dicho artículo contravenía el principio romano que se pronunciaba por la validez de un contrato de estas características, criterio que imperaba en el Derecho francés antes de la promulgación del *Code*[3764].

En este punto de nuestro análisis conviene recordar el argumento planteado por Manuel de la Puente y Lavalle[3765], quien señala que este sencillo sistema de compraventa obligacional romano, tan fácil de comprender por los conocedores romanos del Derecho, se vio progresivamente perturbado por la difusión de las ideas de Grocio y Puffendorf sobre la necesidad de dar mayor relevancia al consentimiento contractual, haciéndolo suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de otro requisito adicional. Estas ideas fueron acogidas por importantes jurisconsultos franceses, entre los que cabe citar a Loysel, Domat, Ricard y, aunque combatidas tesoneramente por Pothier, quien sostenía que el contrato de venta no transfería la propiedad sino obligaba al comprador con respecto al vendedor a hacerle adquirir libremente una cosa a título de propietario, se plasmaron en el sistema del Código Napoleón relativo a la transmisión de la propiedad por contrato.

3764 Para apreciar un desarrollo más profundo acerca de la historia y evolución de la venta de bien ajeno, remitimos al lector al trabajo de uno de los autores de este tratado: CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos. Op. cit.*, pp. 73-149; obra de la cual tomamos las ideas que recogemos en este tratado sobre el particular en el presente acápite.

3765 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa. Op. cit.*, p. 71.

Consecuencia lógica de este sistema, que requería que el vendedor fuera propietario del bien materia de la venta, fue la declaración de la nulidad de la venta de cosa ajena contenida en el artículo 1599 de dicho Código.

La discusión en torno a la nulidad de la venta de bien ajeno ha constituido, sin duda, el signo distintivo de la figura durante el siglo XIX y principios del siglo XX, y representa aquella postura legislativa y doctrinaria que más problemas teóricos ha ocasionado para poderla entender a cabalidad.

De lo expuesto, podemos deducir que de considerarse nula la venta de bien ajeno, debido a la causal que fuere, invariablemente la eventual obligación accesoria que asegurara el cumplimiento de la obligación del vendedor sería nula.

Por las razones que oportunamente expusimos, no resultaría factible la subsistencia de la cláusula penal en tanto la obligación principal se extinguiera por causa de nulidad.

Ahora bien, más allá de todos los argumentos que ha sostenido la doctrina —especialmente la francesa— a favor de la nulidad de la venta de lo ajeno, es claro que dentro del Derecho peruano contemporáneo la causal que podría entenderse como prevaleciente sería aquella que sanciona como nulo a este contrato por tener fin ilícito; y, en la gran mayoría de casos, dicho fin ilícito se manifestará por el afán de despojo que comprador y vendedor de lo ajeno tendrán con relación al verdadero propietario del bien; o si el vendedor vende el bien ajeno engañando al comprador, haciéndolo pasar como propio, configurándose el delito de estelionato.

2.2.2.2. Contrato anulable

Dado que en el Derecho francés la palabra «nulidad» puede comprender tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa (anulabilidad en el Derecho peruano), la doctrina y jurisprudencia de ese país se esforzaron por precisar que el carácter de dicha nulidad era relativo y no absoluto, principio que —a entender del sector inmensamente mayoritario de la doctrina francesa— es el más razonable.

Además, ésta fue la opción que empezó a triunfar jurisprudencialmente en Francia desde la dación del Código Civil. A ella se adhieren Laurent, Planiol y Ripert, Guillouard y Baudry-Lacantinerie, entre otros.

Como se recuerda, una de las causales en las que se ha basado tradicionalmente la anulabilidad de la venta de bien ajeno, ha sido el error del comprador en considerar equivocadamente que el bien era propio del vendedor y no ajeno a él (en el entendido de que dicho vendedor también se encontrara en la equivocada creencia de que el bien le pertenecía en propiedad).

La otra causal de anulabilidad es el dolo, entendido como el vicio de la voluntad en que incurre el comprador, inducido por el vendedor, ya sea por acción o por omisión, para llevarle a celebrar la compraventa, haciéndole creer que el bien vendido era propio del vendedor, cuando en realidad tenía el carácter de ajeno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En torno al tema de la cláusula penal, podría decirse que si la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien, estuviese garantizada por una cláusula penal, ello conduciría a que la obligación principal fuese anulable —tal como expresamos al analizar el tema de la cláusula penal y la anulabilidad de los contratos—, no pudiéndose pactar la prohibición *a priori* de demandar la anulabilidad de la venta de lo ajeno, pues estaríamos yendo contra normas de orden público.

De esta forma, el contrato de venta de bien ajeno que padezca de alguna causal de anulabilidad será uno en el cual también se encuentre presente el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

2.2.2.3. La anulabilidad de la venta de bien ajeno según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los códigos civiles que lo tomaron como modelo

A pesar de ser susceptible de estudiarse dentro del grupo de códigos civiles evaluados cuando analizamos el sistema de la nulidad relativa, pues tienen este carácter, hemos optado por examinarlos separadamente, dadas sus peculiares características e importancia. Se trata de un grupo de códigos civiles que, en lo que respecta al tema en estudio, hemos optado en denominar como «la corriente de Andrés Bello». Veamos por qué.

Sin duda alguna, en lo que respecta al ámbito latinoamericano, influyó decisivamente en el proceso codificador de este continente, el Proyecto de Código Civil elaborado por el insigne intelectual venezolano Andrés Bello. Este Proyecto, que contenía tres normas acerca del contrato de venta de bien ajeno, los artículos 1995, 2003-A y 2003-B, fue fuente para la elaboración de los códigos civiles chileno (1857), uruguayo (1868), colombiano (1873), venezolano (1880) y ecuatoriano (1887). También tuvo notable influencia sobre el Código Civil panameño de 1917.

Analicemos por qué es importante la corriente creada por el Proyecto de Andrés Bello.

El Proyecto Bello fue, hasta donde tenemos conocimiento, el primer Proyecto de Código Civil de América Latina (y no podemos asegurar si más allá de nuestro continente), que establece de manera expresa que el contrato de venta de bien ajeno puede ser un contrato perfectamente válido. Este Proyecto de Código señalaba, en su artículo 1995, que la venta de la cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. El Código Civil chileno recogió esta norma en su artículo 1815, pero con el agregado de que esos derechos no se extinguían por el paso del tiempo. El Código Civil uruguayo recoge este precepto en su artículo 1669, pero concluye señalando que la venta vale, mientras «no se extinga por la prescripción». Los códigos colombiano y ecuatoriano optan por similar conclusión que el Código Civil chileno, en sus respectivas normas (los artículos 1871 y 1781).

Como acaba de ser mencionado, la principal virtud del proyecto de Código Civil de Andrés Bello fue la de adelantarse a su tiempo, contemplando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno pudiese ser válido.

Y dicho contrato será válido cuando comprador y vendedor conozcan el carácter ajeno del bien y celebren el contrato sin la finalidad de causar un daño o un despojo a su verdadero propietario.

Al ser el contrato de compraventa uno de carácter meramente obligacional, resultará perfectamente factible pensar en la posibilidad de que el vendedor de lo ajeno se haga de la propiedad de dicho bien y luego proceda a transferírselo al comprador.

Si en este contrato la obligación del vendedor estuviese asegurada por una cláusula penal, dicha cláusula penal sería válida, en estricta aplicación de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Es evidente, dentro de tal orden de ideas, que cabe la posibilidad de que el vendedor cumpla o no con la obligación que ha asumido de transferir la propiedad del bien al comprador.

En caso de cumplimiento, el comprador vería satisfechas sus expectativas y, sin duda, no tendría derecho a reclamar el pago de la penalidad pactada.

Pero en la eventualidad de que el vendedor incumpliera con su obligación de transferir la propiedad del bien, el comprador tendría el derecho de exigirle el cumplimiento de la penalidad pactada.

2.2.2.4. Códigos civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble

El criterio que considera al contrato de venta de bien ajeno como susceptible de resolución por incumplimiento tiene larga data en doctrina, a pesar de que recién se plasmó legislativamente en el Código Civil italiano de 1942.

Tal parecer fue sostenido por Colmet de Santerre[3766], precursor de esta tesis, quien no fue seguido por ningún otro autor[3767].

Foignet señala que Colmet de Santerre estaba equivocado por confundir en su razonamiento la venta y la transferencia de la propiedad de los bienes. Laurent califica su posición de «inadmisible», ya que «el término "nulo" (en el que se incluye a las nulidades absoluta y relativa) no significa jamás "resoluble"», señalando que hay que «tomar la ley tal cual ella es».

Crítica similar formula al respecto Josserand[3768], cuando señala que tal opinión choca directamente con el texto del artículo 1599, que establece la nulidad y no la resolución de la venta de la cosa ajena; no cuadra con las soluciones jurisprudenciales que indicaremos más adelante ni con los efectos que la ley hace producir a la venta

3766 Édouard Colmet de Santerre, citado por Foignet, René. *Op. cit.*, tomo I, p. 420.

3767 Foignet, René. *Op. cit.,* tomo I, p. 417, y Laurent, François. *Op. cit.*, tomo III, p. 108.

3768 Josserand, Louis. *Op. cit.,* tomo II, volumen II, p. 25.

de la cosa ajena, que constituye sobre todo un justo título para la usucapión de diez a veinte años y juega así un papel que no podría tener un título resuelto.

Esta opinión también es compartida por los Mazeaud[3769], cuando expresan que si el legislador no hubiera establecido ninguna disposición relativa a la venta de la cosa ajena, el comprador tendría derecho a pedir la resolución judicial. Pero, precisamente, el artículo 1599 sanciona la imposibilidad de la transmisión, y no la sanciona con la resolución judicial, sino con la nulidad, lo cual es muy diferente.

Para concluir los comentarios sobre esta corriente de opinión, consideramos necesario citar las cuatro razones de Baudry-Lacantinerie[3770] para refutarla:

(a) La resolución que se ha llamado nulidad no puede ser demandada más que por el comprador (argumento del artículo 1184 del Code Napoleón).

(b) La acción que la ley atribuye a este efecto dura 30 años: ésta es la duración normal de las acciones de resolución.

(c) La resolución no existe más que cuando ha sido pronunciada por la justicia, la que puede acordar una prórroga al vendedor para ejecutar su obligación (argumento del artículo 1184).

(d) Si el vendedor deviene propietario antes de que la resolución haya sido pronunciada, la propiedad pasa inmediatamente al comprador, quien ya no podrá más obtener la resolución (argumento del artículo 1138).

De los códigos civiles consultados, existen tres: el Código Civil italiano de 1942, el Código Civil boliviano de 1976 y el Código Civil paraguayo de 1987, que optan por el sistema de la resolución del contrato de venta de bien ajeno.

Dentro del Derecho peruano, el contrato resoluble sigue la línea de las legislaciones italiana, boliviana y paraguaya.

Se entiende que la figura aplicable al caso bajo estudio sería la resolución por incumplimiento, contemplada en los artículos 1428 y siguientes del Código Civil peruano.

Ahora bien, el que se presente la causal de incumplimiento no implica que el comprador perjudicado necesariamente recurrirá a resolver el contrato, más aún si asumimos la hipótesis en la cual la obligación del vendedor estuviese asegurada por una cláusula penal.

En estos casos, resultaría evidente que el comprador perjudicado podría optar por el cobro de la penalidad (compensatoria), en lugar de transitar por el camino de la resolución del contrato; o resolver el contrato luego de haber constituido en mora al deudor (y así cobrar adicionalmente una eventual penalidad moratoria).

3769 Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, parte III, volumen III, p. 92.

3770 Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil. Op. cit.*, tomo III, p. 95.

2.2.2.5. Códigos civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno

Por otra parte, tenemos a un grupo de códigos civiles que no incluyen norma alguna acerca del contrato de venta de bien ajeno, al que hemos denominado como «el sistema abstencionista».

Es dentro de este grupo de códigos que tal vez resulte más difícil plantear de manera unívoca la aplicación de la cláusula penal, por cuanto dentro de los respectivos Derechos nacionales de los países cuyos códigos se enmarcan dentro de este sistema, las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales son de lo más diversas, repitiendo el abanico de alternativas sostenidas por las diversas tendencias estudiadas.

Dentro de tal orden de ideas, las soluciones correspondientes a cada uno de estos sistemas serán aplicables, según sea el caso, a los diversos países en donde imperen, respectivamente.

2.2.2.6. Códigos civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil peruano de 1984

Únicamente el Código Civil peruano de 1984 considera que la venta de bien ajeno es rescindible, a través de lo establecido por los artículos 1539 y 1540 de dicho cuerpo legal. El resto de códigos civiles, como ha sido visto, se inclinan por establecer las acciones de nulidad, anulabilidad, resolución o, por último, guardan silencio al respecto, lo que determinaría que se aplicarán, en estos casos, los respectivos principios generales.

Ahora corresponde el análisis de la singular posición adoptada por el Código Civil peruano de 1984.

El artículo 1539, dada su redacción y el contenido de las dos normas que lo preceden, plantea una serie de interrogantes que a nuestro entender pueden tolerar más de una respuesta coherente.

El artículo 1537, que debería ser la norma que regulase el principio general de la venta de bienes ajenos, no lo contiene al remitir el tema a los artículos 1470, 1471 y 1472, relativos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y estaría, aparentemente, negando la posibilidad de que el contrato de venta de bien ajeno, en estricto, exista dentro de nuestro Código Civil y que, necesariamente, esté sometido a la regulación de la figura antes mencionada de cuya naturaleza difiere absolutamente.

Sin embargo, encontramos que el artículo 1539 el Código Civil peruano trata expresamente de la venta de bien ajeno. Esto nos lleva a plantear dos situaciones:

(a) No obstante ser cierto que en el artículo 1539 se trata de la venta de bien ajeno, ésta estaría regida por las normas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, en virtud de ser un pacto por el cual

FONDO EDITORIAL PUCP

una parte (en este caso el vendedor), se compromete a obtener que otra (el comprador), adquiera la propiedad de un bien, y estar comprendido, por lo tanto, dentro del supuesto general del artículo 1537.

(b) Podría plantearse el caso, dada la redacción del artículo 1539, que éste establezca un supuesto absolutamente distinto del comprendido en los artículos 1537 y 1538, permitiendo el Código Civil que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, y que establezca, para el caso en el cual el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, la posibilidad de que éste pueda demandar judicialmente la rescisión del contrato celebrado.

En adelante, el desarrollo de estos criterios.

(a) De sostener la primera de las interpretaciones señaladas, llegaríamos a la conclusión de que el Código Civil peruano impide que se contrate expresamente una venta de bien ajeno en estricto, sin que este contrato se rija por las reglas propias del contrato de compraventa y no siempre por las de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Podríamos llegar, en tal línea de pensamiento, a elaborar razonamientos nada claros respecto de esta figura, si afirmáramos que la norma del artículo 1537 impide que se pacte un contrato de venta de bien ajeno, en estricto.

En tales situaciones tendríamos que concluir en que el conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del bien sería determinante, según la regulación del Código Civil, para saber si los contratantes han celebrado una venta de bien ajeno o una promesa de la obligación o del hecho de un tercero, figura esta última que (por la innecesaria redacción del artículo 1537) habría que aplicar también al caso mencionado en el artículo 1539, en el que comprador y vendedor conocen que el bien es ajeno (ver última parte del artículo 1537).

Entonces, nos encontraríamos ante la curiosa situación de que:

(a.1) Si ambas partes saben que el bien es ajeno, el comprador no podría solicitar la rescisión del contrato, pero este contrato no sería uno de compraventa, sino uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

(a.2) Si al menos el comprador desconoce que el bien era ajeno al momento de contratar, sí podría solicitar la rescisión del contrato celebrado, que sería una venta de bien ajeno.

Así, vemos que resulta perjudicial haber incluido en el artículo 1537 la norma de remisión a la figura contenida en los artículos 1470 y siguientes.

Llegaríamos al absurdo de que no estaría expresamente legislada la venta de bien ajeno en estricto, es decir, cuando vendedor y comprador saben que el bien es ajeno y desean celebrar un contrato de compraventa y no

ESTUDIO OSTERLING CASTILLO FREYRE

uno de promesa de la obligación o del hecho de un tercero, pero sí se prevé el caso en el cual el comprador cree —equivocadamente— que el bien es propio del vendedor y lo compra. Se considera este caso como compraventa y se otorga al comprador la facultad de solicitar su rescisión.

¿Es que acaso el legislador habría preferido regular como compraventa un supuesto en el cual el comprador no ha expresado, necesariamente, su voluntad verdadera sobre otro en el que ambas partes saben perfectamente que quieren comprar y vender un bien ajeno?

¿Podría acaso entenderse que el artículo 1539 también se está refiriendo a un caso de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y no a un contrato de compraventa? (al fin y al cabo esto sería congruente con los artículos 1537 y 1538, precedentes).

(b) Consideramos que el segundo de los supuestos que hemos anotado es el correcto.

En nuestra opinión, los artículos 1537 y 1538 regulan la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, y los artículos 1539, 1540, 1541 y 1542, rigen el contrato de venta de bien ajeno.

Todo el problema y confusión respecto de la venta de bien ajeno en el Código Civil han sido generados por la indebida y ya criticada redacción del artículo 1537, y por el hecho de que el artículo 1538 sea consecuente con éste.

En síntesis, el Código Civil peruano contiene una doble e innecesaria regulación del problema. Hubiera bastado con los artículos 1539 y siguientes. Así, todo sería más preciso.

La disposición contenida en el artículo 1409, inciso 2, que prescribe que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos, nos parece determinante para considerar que el resto del Código Civil, y más aún cuando regula lo relativo a los contratos que incluyen prestaciones de dar, debe seguir la misma línea. Sobre todo, en el contrato más frecuente que incluye una obligación de dar por excelencia: la compraventa.

Relacionando la posición que sostiene que la venta de bien ajeno es rescindible, con la cláusula penal, debemos partir de la idea de que un contrato rescindible es válido y de que la rescisión solamente tendría como consecuencia la ineficacia de dicho acto; nunca su nulidad.

En razón de lo expuesto, podemos considerar que si un acto rescindible, concretamente una venta de bien ajeno en la que el comprador desconocía el carácter ajeno del bien, contuviese una cláusula penal que garantizara el cumplimiento de la obligación del vendedor, este pacto sería perfectamente válido. En otras palabras, la cláusula penal mantendría su validez aunque el contrato fuese rescindido.

LUIS MARIO CASTILLO REYNA

2.2.3. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos celebrados en favor de terceros

Este caso trata acerca de los supuestos contenidos en los artículos 1457[3771] y 1458[3772] del Código Civil peruano de 1984. Aquí el promitente se obliga frente al estipulante a pagarle una pena, para el caso en que el promitente no ejecutase la obligación pactada a favor del tercero.

Bustamante Alsina[3773] expresa que en la doctrina francesa[3774] se afirma que la pena da vida a la obligación principal, en vez de recibirla de ella, y por tal razón también constituye una excepción al principio de accesoriedad.

Dentro de tal orden de ideas, precisa el profesor citado que en este supuesto no hay sino una excepción impropia. En realidad, hay dos obligaciones independientes: una es aquélla de la cláusula penal que el promitente debe cumplir a favor del estipulante en el caso de no ejecutar la primera.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3775] manifiesta que este caso ha provocado algunas dudas, sobre todo en la jurisprudencia francesa, que sostiene que cuando se pacta una prestación en beneficio de un tercero, a la cual accede una cláusula penal en favor del estipulante, nos hallamos ante otra excepción a la regla de la accesoriedad, pues no obstante la invalidez de la prestación principal (artículos 1119[3776] y 1121[3777] del Código Civil francés), puede ser exigido el cumplimiento de la pena.

La cuestión no es exclusiva del Derecho francés —precisa la profesora citada—, sino que reconoce antecedentes romanos. En el Derecho romano —como bien expresa Arangio Ruiz—[3778], las estipulaciones a favor de terceros no otorgaban acción para exigir su cumplimiento, por lo que la solución tradicional para ellas fue el anexarles una *stipulatio poenae*.

3771 El artículo 1457 del Código Civil peruano expresa lo siguiente: «Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona.— El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato».

3772 El artículo 1458 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente: «El derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Empero, será necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando esta declaración retroactivamente».

3773 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, pp. 166 y 167.

3774 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Louis Barde. *Op. cit.*, tomo II, p. 1359. Citados por Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 167.

3775 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 69-71.

3776 El artículo 1119 del Código Civil francés expresa lo siguiente: «En general, no se puede obligar ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo».

3777 El artículo 1121 del Código Civil francés prescribe lo siguiente: «Se puede estipular en provecho de un tercero cuando ella es condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro».

3778 Vincenzo Arangio Ruiz, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 70.

En cambio —añade Kemelmajer de Carlucci—, otros autores franceses —como Huc—[3779] entienden que no existe una verdadera excepción por cuanto no es cierto que la obligación principal sea inválida; al contrario, la principal es eficaz, por cuanto se trata de la de pagar daños y perjuicios. Es decir, esta obligación, primitivamente inválida por falta de interés del acreedor, ha sido sustituida por otra válida, cual es la de pagar daños y perjuicios.

Dentro de tal orden de ideas, agrega Kemelmajer de Carlucci, debido a la legislación argentina, el problema anteriormente mencionado no se presenta como tal, porque el artículo 504 del Código Civil de ese país —separándose del precedente francés—, otorga plena eficacia a la estipulación en favor de terceros. Dicha norma prescribe que si en la obligación se hubiese estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hecho saber al obligado antes de ser revocada.

Por lo tanto, señala, siendo plenamente válida la estipulación, no hay razón alguna para dudar sobre la validez de la cláusula penal a que ésta accede. Asimismo, no existiendo en el Código Civil argentino norma que declare expresamente la validez de la cláusula penal establecida en favor del estipulante, ni tampoco norma prohibitiva al respecto, rige el artículo 1197[3780] de dicho cuerpo legal en toda su plenitud.

Concluye la jurista argentina indicando que en el caso de estipulaciones a favor de terceros se trata de una cuestión de regla o excepción porque existen dos obligaciones en cierto modo autónomas e independientes, una en favor del tercero y otra en favor del estipulante. Lo que caracteriza a la situación es que esta última no es pura, sino que está subordinada a la condición suspensiva de que el promitente no cumpla con el tercero[3781].

A nuestro entender —compartiendo lo expresado por Kemelmajer de Carlucci y coincidiendo la normativa argentina con la peruana en el tratamiento de las estipulaciones en favor de terceros—, en este caso no hay pacto de cláusula penal, sino de una obligación principal. Esta obligación se halla sometida, en verdad, a la condición de que la estipulación o la promesa por otro no será ejecutada, pero ella no constituye por eso una obligación accesoria. Pero nuestras coincidencias con Kemelmajer de Carlucci terminan cuando señala que se trata de obligaciones autónomas e independientes.

Si se hubiere estipulado una prestación a favor de tercero y se hubiese pactado una cláusula penal que asegurase el cumplimiento de la obligación por el

3779 Théophile Huc, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 70.

3780 El artículo 1197 del Código Civil argentino preceptúa lo siguiente: «Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma».

3781 Están de acuerdo con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci: Llambías (Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, 357) y Busso (Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, 22).

promitente ante ese tercero, podría presentarse el caso de que la cláusula penal hubiese sido pactada en favor del propio tercero o del estipulante.

En dicho caso, será evidente el carácter accesorio de la penalidad, que sólo podría ser exigida por el tercero en caso de que el promitente no hubiese cumplido con su obligación.

Situación distinta se presentaría si la cláusula penal hubiese sido estipulada a favor del estipulante y no del tercero.

La razón que se aduce para considerarla como una prestación autónoma e independiente se basa en que ella ha sido pactada en favor de persona distinta de aquélla que puede exigir el cumplimiento de la prestación principal.

Sin embargo, disentimos de este parecer, en la medida en que la penalidad pactada sólo podrá ser exigida por el estipulante en caso de que se produjera el incumplimiento del promitente de ejecutar la obligación en favor del tercero.

De lo expresado se aprecia con nitidez que la penalidad tiene carácter meramente accesorio y que resulta irrelevante a favor de quién han sido pactadas la obligación principal y la obligación accesoria.

2.2.4. Cláusulas penales estipuladas en contratos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero

Un sector de la doctrina[3782] considera como excepción el principio de accesoriedad de la cláusula penal, en caso de que se estipule en contratos que constituyan promesas de la obligación o del hecho de un tercero.

Como se recuerda, este supuesto se encuentra previsto en los artículos 1470, 1471 y 1472 del Código Civil peruano de 1984, bajo la denominación de «Promesa de la obligación o del hecho de un tercero».

- Cazeaux y Trigo Represas[3783] manifiestan que: «La cláusula penal que garantiza la estipulación hecha por un tercero es exigible, si el tercero no acepta convalidar lo que por él se ha prometido». Así, señalan el siguiente ejemplo: Pedro promete que Pablo venderá su automóvil a Juan y conviene que en el supuesto de que así no fuere, pagará cien mil pesos a Juan en carácter de cláusula penal. Si Pablo no acepta vender su auto a Juan, la obligación convenida en su nombre queda sin efecto, no obstante lo cual subsistirá la cláusula penal y Pedro tendrá que pagar a Juan el importe que en tal concepto se ha estipulado.

Por su parte, Bustamante Alsina[3784] señala que en realidad el efecto previsto por el artículo 664 del Código Civil argentino, que dispone que «[...] subsistirá, sin

3782 Demolombe, Charles. *Op. cit.*, tomo xxvi, p. 640; y Salvat, Raymundo. *Op. cit.,* tomo i, p. 223.
3783 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo i, pp. 241 y 242.
3784 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.,* p. 166.

embargo, la obligación de la cláusula penal, aunque la obligación no tenga efecto si ella ha sido contraída por otra persona, para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido», constituye una excepción al principio de accesoriedad de la cláusula penal.

Adicionalmente, expresa el profesor citado que en la promesa del hecho ajeno, en tanto que el tercero cuyo hecho se ofrece no es deudor de la prestación, quien hizo la promesa es deudor de la indemnización en el caso de que el hecho no se cumpla.

Bustamante Alsina precisa que aquí la obligación de la cláusula penal no es accesoria de otra obligación, pues el hecho del tercero no está en la obligación sino que funciona sólo como condición. En consecuencia, concluye, entre las partes no hay otra obligación que la de la cláusula penal sujeta a la condición suspensiva de que el hecho del tercero no se cumpla.

Siguiendo esta línea argumentativa, Kemelmajer de Carlucci[3785] manifiesta que en el supuesto bajo análisis, deben distinguirse las siguientes situaciones.

La primera sería la de una persona que sin poder, o sin poder suficiente, actúa en nombre de otra prometiendo el hecho de ésta. Si la carencia o insuficiencia del poder es conocida por el contratante, el contrato es nulo e ineficaz frente al tercero por ser éste *res inter alios acta,* salvo que lo ratifique.

En consecuencia —indica la profesora citada—, ninguna indemnización se deben las partes y las cláusulas penales tampoco tendrán eficacia alguna.

Añade que encuentra discutible pensar que en estos casos haya una excepción a la máxima *accesorium sequitur principali.* Por el contrario, Kemelmajer de Carlucci considera, con importante doctrina, que no existe tal excepción, porque aquí la cláusula penal accede a la obligación del promitente —plenamente válida— y no a la del hecho del tercero que no ha tenido efectos por falta de consentimiento.

La segunda situación a la que alude Kemelmajer de Carlucci es aquélla en la cual el contratante ignora la insuficiencia o la falta de poder. El artículo 1933[3786] del Código Civil argentino dispone que el pseudo-mandante podrá ser demandado por el incumplimiento del contrato (se entiende que ello ocurre siempre y cuando las prestaciones no sean *intuitu personae*) o por indemnización de pérdidas e intereses. Por ello precisa que no existe inconveniente legal en otorgar al contratante de buena fe la opción para reclamar los daños y perjuicios pactados mediante la cláusula penal, o bien remitirse a los principios de Derecho común.

Nosotros compartimos, en esta materia, el pensamiento de Bustamante Alsina, quien con la opinión de otros autores —como lo hemos visto—, sostiene

3785 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 71-73.

3786 El artículo 1933 del Código Civil argentino dispone lo siguiente: «Quedará sin embargo personalmente obligado, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato o por indemnización de pérdidas e intereses, si la parte con quien contrató no conocía los poderes dados por el mandante».

que el caso bajo análisis (es decir, el supuesto de contratos en los que se promete la obligación o el hecho de un tercero), no constituye una excepción al carácter accesorio de la obligación penal.

Como expresa el jurista citado, en la promesa de la obligación o del hecho ajeno, en tanto que el tercero cuya obligación o hecho se ofrece no es deudor de la prestación, quien hizo la promesa, es decir, el promitente, es deudor de la indemnización en el caso de que la obligación o el hecho no se hubiese asumido o no se hubiese cumplido, respectivamente.

Adicionalmente, reiteramos que esta figura se encuentra prevista por los artículos 1470 a 1472 del Código Civil peruano, como ha sido mencionado en su oportunidad.

Recordemos que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero es un mecanismo contractual a través del cual el promitente promete al promisario que un tercero se obligará con este último o que un tercero realizará en favor de este último un determinado hecho.

Es claro que en esta figura contractual no se está prometiendo una actividad propia, sino una actividad ajena, es decir, perteneciente o correspondiente a alguien que no ha participado ni es parte en el contrato.

Se trata, en consecuencia, de un caso excepcional en donde la obligación no tiene por objeto una prestación que consista en la ejecución de un hecho propio del deudor, entendido como actividad de cumplimiento.

Ahora bien, es claro que la promesa de la obligación o del hecho de un tercero puede estar acompañada por una cláusula penal.

Es más, el artículo 1470 del Código nacional establece que ante el incumplimiento de la promesa el promitente deberá indemnizar al promisario.

- La ley peruana no exige que las partes hayan convenido anticipadamente el monto de tal indemnización. Sin embargo, ello podría ocurrir en virtud de lo dispuesto por el artículo 1472 del propio Código.

Si nos encontrásemos en este último caso, sin duda estaríamos en presencia de una cláusula penal compensatoria, pues dicha estipulación reuniría todos los requisitos que hemos venido estudiando.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que si el tercero no se obligara o no cumpliera el hecho prometido por el promitente, se estaría produciendo el incumplimiento de la obligación del promitente. En tal virtud, se desencadenarían los efectos propios de la cláusula penal pactada en garantía del cumplimiento de la obligación asumida por el promitente.

Así, ante la inacción del tercero, el promisario podría demandar al promitente la ejecución de la penalidad pactada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Desde nuestro punto de vista, resulta claro que la penalidad tiene en este caso carácter accesorio con respecto a la obligación cuya ejecución por parte del tercero ha sido prometida por el promitente al promisario.

No vemos razón alguna, por ello, que impida aplicar todas las reglas que hemos analizado sobre la cláusula penal.

Creemos que este caso no constituye excepción al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

2.2.5. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente exista culpa *in contrahendo*

La doctrina moderna enseña que las tratativas engendran para las partes intervinientes ciertos deberes de conducta. En este sentido, expresa Kemelmajer de Carlucci[3787] que en virtud de dichos deberes y del principio *neminem laedere*, se debe responder por los daños y perjuicios que se causen con motivo de la contratación, aun cuando el contrato no llegue a celebrarse.

En esta línea de pensamiento, Polacco[3788] afirma que nada obsta a que se pacte una cláusula penal en previsión de los daños que un futuro contratante pueda ocasionar a otro y, en este caso, no obstante la inexistencia de la principal, la cláusula sería exigible.

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci coincide con Mosset Iturraspe[3789], al expresar que en este supuesto no hay excepción al principio de accesoriedad, porque en virtud del principio de la buena fe —el cual se encuentra recogido en el artículo 1198[3790] del Código Civil argentino—, las tratativas previas crean verdaderos deberes de comunicación, explicación y conservación. En consecuencia —indica la profesora citada— la cláusula penal accede a una obligación plenamente eficaz.

De acuerdo con estos conceptos, el Código Civil peruano contiene un precepto similar al recogido por el artículo 1198 del Código Civil argentino. Nos referimos

3787 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 73 a 75.

3788 Polacco, Vittorio. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 73.

3789 Mosset Iturraspe, Jorge. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 73.

3790 El artículo 1198 del Código Civil argentino dispone lo siguiente:
«Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.
En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida y continuada si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.
En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.
No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.
La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato».

al 1362[3791], norma que obliga a negociar, celebrar y ejecutar los contratos de buena fe y conforme a la común intención de las partes.

El criterio expresado por Kemelmajer de Carlucci con relación a los casos de culpa *in contrahendo* es acertado, porque en este supuesto no cabría hablar de una excepción al carácter accesorio de la cláusula penal, ya que —como expresa De la Puente y Lavalle—[3792] si bien las tratativas no imponen a los tratantes la obligación de celebrar el contrato ni sobre los puntos respecto de los cuales no hay desacuerdo, el hecho de que el artículo 1362 les imponga el deber de negociar según las reglas de la buena fe, determina que han de comportarse con lealtad y corrección en la etapa de las tratativas, lo que a su vez representa una conducta arreglada a estos criterios.

Entre los deberes que este respeto a la lealtad y a la corrección impone a los tratantes —precisa De la Puente—, la doctrina considera como los más importantes el deber de información, claridad de secreto y el deber de custodia.

Por consiguiente, entendemos que nada impide que se pacte una cláusula penal en previsión de los daños que un futuro contratante pueda causar al otro por la violación de los mencionados deberes jurídicos. En consecuencia, la cláusula accede a una obligación plenamente eficaz.

Sin embargo, cabe precisar que desde nuestro punto de vista la obligación asumida por las partes que negocian la futura celebración de un contrato tiene origen legal y no contractual. Tal obligación se sustenta en el artículo 1362 del Código Civil, antes citado.

De ahí que la responsabilidad emanada por el incumplimiento del deber de negociar de acuerdo a las reglas de la buena fe, traducido en una ruptura desleal e injustificada de las tratativas, sea materia de responsabilidad extracontractual y no contractual.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que no compartimos el parecer de De la Puente, en el sentido de que cuando dos partes empiezan a negociar existe una especie de contrato tácito para negociar de acuerdo a la buena fe.

Para nosotros es evidente que no existe ningún contrato tácito de negociar con buena fe y que el deber de hacerlo tiene un claro origen legal previsto por el artículo 1362 del Código Civil.

Cabe aquí preguntarnos cuándo es que se podría presentar el caso de una cláusula penal que asegure o garantice el cumplimiento del deber negocial de buena fe.

3791 El artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984 prescribe lo siguiente: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

3792 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo II, pp. 58-61.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dado que aquí la cláusula penal no tendría su origen en la ley, resultaría necesario que las partes hubiesen convenido una cláusula penal con antelación al momento en el cual empezaron sus negociaciones contractuales.

Lo expresado implicaría que las partes tendrían que haber celebrado un contrato cuyo objeto sería específicamente pactar dicha cláusula penal.

No existiría inconveniente conceptual para que ello ocurra, en la medida en que las cláusulas penales pueden estipularse para garantizar el cumplimiento de obligaciones independientemente de su origen o fuente.

En el caso en mención, se trataría de una cláusula penal convenida para asegurar el cumplimiento de una obligación de origen legal.

2.2.6. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente los contratos no lleguen a perfeccionarse

Expresa Kemelmajer de Carlucci[3793] que, si la pena se pacta previendo obligaciones emanadas de un contrato que finalmente no se perfecciona, rige plenamente el principio de accesoriedad y, en consecuencia, los posibles daños y perjuicios deben liquidarse de conformidad con el Derecho común.

El supuesto planteado por la profesora citada no resulta del todo claro, debido a que pueden ser múltiples las causas por las cuales un contrato no llegue a perfeccionarse.

Ante todo, consideramos que cuando Kemelmajer de Carlucci alude al perfeccionamiento del contrato no se está refiriendo —en estricto— al hecho de que el contrato empiece a surtir efectos. Creemos, dado el contexto, que a lo que alude es a la celebración del propio contrato.

En este orden de ideas, pensamos que sí sería posible pactar una cláusula penal previendo la no celebración de un contrato definitivo. Creemos que ellas tendrían su lugar natural en los contratos preparatorios, en la medida en que se trataría de un instrumento contractual dirigido a la celebración de un futuro contrato definitivo.

No obstante, y como habrá podido apreciar el lector, una cláusula penal pactada en estas condiciones tendría notables similitudes con las arras penitenciales o de retractación. Sin embargo, se trataría de dos figuras distintas.

Ahora bien, asumiendo la idea de que Kemelmajer de Carlucci se esté refiriendo al perfeccionamiento del contrato, en sentido estricto, y no a su celebración, sin duda cabría la posibilidad de pactar cláusulas penales para estos casos.

3793 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 75 y 76.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero, debemos asumir que pueden ser múltiples las causas por las cuales un contrato no llegue a perfeccionarse, es decir, a surtir efectos.

No es el caso entrar al análisis detallado de todas estas eventuales causas. Lo importante, creemos, es indicar que la cláusula penal revestiría sentido para asegurar el perfeccionamiento del contrato, cuando él se deba dar por acción o decisión de aquel contratante que se ha obligado al pago de la penalidad, en ausencia de dicho perfeccionamiento.

No es que resulte imposible pactar la penalidad para los supuestos de ausencia de culpa (pues ninguna norma legal lo impide). Simplemente anotamos que *situaciones como éstas resultan poco usuales*[3794].

2.2.7. Cláusulas penales pactadas para el caso en que la obligación principal resulte nula por falta de capacidad del deudor

Kemelmajer de Carlucci[3795] manifiesta que «Si se trata de cláusulas penales constituidas por terceros, ellas serán válidas no obstante la nulidad de la principal por incapacidad del deudor».

Ella considera, además, que a las penas estipuladas por terceros deben aplicárseles las reglas sobre la fianza, siempre que no resulten incompatibles. Por tal virtud, sostiene que este supuesto estaría previsto por el artículo 1994, último párrafo, del Código Civil argentino, el que dispone que «Si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad, será responsable como único deudor».

El Código Civil peruano contiene una norma similar a la argentina, en cuanto a la fianza se refiere. Se trata del artículo 1875, cuando expresa que la fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.

En esta línea de análisis podemos afirmar —corroborando lo señalado por Kemelmajer de Carlucci— que el supuesto bajo estudio sí constituye excepción a la regla de la accesoriedad, ya que si aplicamos las reglas sobre fianza a las penas estipuladas por terceros, en cuanto no le sean incompatibles, podrá exigirse el cumplimiento de estas últimas, no obstante la nulidad de lo principal por incapacidad del deudor.

Sin embargo, resulta necesario aclarar que para que una cláusula penal tenga lugar en estos casos es requisito que las partes la hayan pactado previendo la eventual incapacidad de uno de los contratantes. De lo contrario, resultaría evidente la aplicación del principio de accesoriedad.

3794 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

3795 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 77.

En segundo lugar, es imprescindible que la cláusula penal haya sido estipulada para ser pagada por terceros, pues si hubiese sido pactada para que la pague aquella persona de cuya capacidad o incapacidad se trata, también tendríamos que aplicar, necesariamente, el aludido principio de accesoriedad.

Y, en tercer término, pensamos que si bien se puede emplear la norma relativa al contrato de fianza (artículo 1875 del Código Civil peruano), ello no significará —a diferencia de lo que sostiene Kemelmajer de Carlucci— que deban aplicarse a este supuesto de cláusula penal las estipulaciones de aquel contrato de garantía.

2.3. Incidencia de la nulidad de la cláusula penal con respecto a la obligación principal

Consideramos importante iniciar este tema citando las palabras de Kemelmajer de Carlucci[3796], quien recuerda que el artículo 663[3797] del Código Civil argentino dispone —en su última parte— que la nulidad de la cláusula penal deja subsistente la obligación principal.

Este principio —añade la profesora citada— tiene raigambre romana (*El Digesto*, Libro XLV, Título I, fragmento 126, párrafo 3 y fragmento 97) y no hace sino reiterar las reglas generales en materia de obligaciones principales y accesorias.

Asimismo, precisa que es un típico caso de nulidad parcial en el cual la invalidez de una disposición del acto no perjudica a las otras disposiciones válidas. Lo expresado se encuentra recogido por el artículo 1039[3798] del Código Civil argentino.

Agrega Kemelmajer de Carlucci que no obstante la universalidad de la regla, también en este caso los autores han pretendido demostrar que existen excepciones a ella.

Así, en el Derecho argentino «[...] se ha sostenido que si la pena ilícita entraña una condición, es nula la obligación por aplicación analógica del artículo 526[3799] del Código Civil argentino».

Otros autores, insistiendo en la función conminatoria de la cláusula, consideran que si de las circunstancias del caso resulta que la pena ilícita constituyó

3796 *Ibidem*, pp. 77 y 78.

3797 El artículo 663 del Código Civil argentino expresa lo siguiente: «La nulidad de la obligación principal causa la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta deja subsistente la obligación principal».

3798 El artículo 1039 del Código Civil argentino señala lo siguiente: «La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables».

3799 El artículo 526 del Código Civil argentino prescribe lo siguiente: «Si las cláusulas accesorias de una obligación fueren cláusulas imposibles, con apariencias de condiciones suspensivas, o fueren condiciones prohibidas, su nulidad hace de ningún valor la obligación principal».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

medio extorsivo para imponer al deudor el cumplimiento, debe invalidarse también la principal. En este sentido, indican que «Las circunstancias del caso permitirán al juez inferir cuál ha sido la trascendencia que las partes otorgaron a la cláusula penal y en qué medida su antijuridicidad tiñó el todo».

Es importante señalar, según precisa Kemelmajer de Carlucci, que la solución acotada recibió acogida en el Proyecto de Código Civil argentino de 1936, cuyo artículo 600, por remisión al 155, prescribe que la nulidad de la cláusula penal causa la de la principal si consiste en una cosa que no está en el comercio o en hechos imposibles, prohibidos por la ley, contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que perjudiquen los derechos de terceros.

Luego de lo expuesto, la jurista citada indica que no existen razones para apartarse de la regla, pues —como bien dicen Borda[3800] y Llambías—[3801] si la pena es extorsiva, con declarar su nulidad se logra el fin perseguido. El cumplimiento de la principal no podrá ser exigido por medios extorsivos, pero sí por los normales que la ley establece.

En conclusión, Kemelmajer de Carlucci considera que la referida parte del artículo 663 del Código Civil de su país, antes citado, consagra un principio absoluto, no existiendo excepciones a la regla.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[3802] manifiestan que la excepción al principio contenido en la segunda parte del artículo 663 del Código Civil argentino consiste en los casos en que la nulidad de la cláusula penal trae aparejada consigo la nulidad de la propia obligación principal.

A ello se refiere —precisan los autores citados— el artículo 526 del Código Civil de su país, según el cual «Las cláusulas accesorias que bajo las apariencias de condiciones suspensivas son cláusulas imposibles o condiciones prohibidas por la ley, causan la nulidad de la obligación principal».

En este sentido, para aclarar lo señalado, Cazeaux y Trigo Represas citan como ejemplo el caso siguiente: «Pedro se ha comprometido a pintar un cuadro, con la cláusula penal de que si no lo hace no volverá a pintar durante el resto de su vida». Esta penalidad de no pintar durante el resto de su vida, expresan, es una cláusula ilícita por afectar el fundamental derecho de la libertad de trabajo.

En situaciones semejantes se considera que la cláusula accesoria está ejerciendo tal presión o extorsión ilegítima con respecto a la obligación principal que no cabe otra salida que pronunciar la nulidad de esta última. Concluyen recordando que la Corte de Casación en Francia ha anulado contratos de trabajo

3800 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 217.
3801 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 349.
3802 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.,* tomo I, p. 242.

de menores sometidos a cláusulas penales ilícitas, precisamente aplicando este principio.

En esta línea de pensamiento también se encuentra Larombière[3803], quien con relación al tema bajo estudio escribe que la nulidad de la cláusula penal puede tener, en ciertos casos, alguna influencia sobre la validez de la obligación principal. Así, cuando la nulidad de ella está fundada en el hecho de que su causa o su objeto es contrario a las buenas costumbres, al orden público o a las prohibiciones de la ley, ella puede influir sobre la obligación principal haciendo que quede afectada por el mismo vicio, a pesar de las precauciones tomadas por las partes para disimularlo. Se trata entonces de una cuestión sujeta a examen y apreciación.

Luego de lo expuesto, podemos anotar que con relación a la incidencia de la nulidad de la cláusula penal sobre la obligación principal, el artículo 1345 del Código Civil peruano —similar al artículo 663 del Código Civil argentino— recoge una regla que consideramos no admite excepciones. En otras palabras, entendemos que la nulidad de la cláusula penal provocada por la circunstancia de que su causa u objeto sea contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o a prohibiciones legales no origina la nulidad de la obligación principal, cuyo cumplimiento podrá ser exigido por medios ajustados a lo que las leyes disponen.

En adición a dichos conceptos, debemos expresar nuestra extrañeza en torno al inexistente problema creado por un sector de la doctrina argentina en relación a este tema.

Es obvio que la nulidad de lo accesorio no necesariamente acarrea la nulidad de lo principal; y, prescindiendo de cualquier norma legal en este sentido, si siempre se ha sostenido el principio de accesoriedad de la cláusula penal, no vamos ahora a variar de posición y aducir el argumento de que la obligación principal podría ser nula en la medida en que la cláusula penal que la garantice también lo sea.

Por otra parte, recordamos conceptos que expusimos en su oportunidad. El primer párrafo del artículo 224 del Código Civil peruano prevé que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. Se trata del principio de divisibilidad de las estipulaciones de un acto jurídico, que, dada la naturaleza eminentemente accesoria de la cláusula penal, siempre resultará aplicable al caso cuyo tratamiento nos ocupa, salvo el supuesto de la indivisibilidad entre las estipulaciones consignadas en una transacción, a no ser que medie pacto en contrario.

Por último, y recordando el pensamiento de los profesores argentinos citados, también resulta claro que si en virtud de la cláusula penal una de las partes

3803 M. L. Larombière, citado por Osterling Parodi, Felipe. *De las obligaciones con cláusula penal. Materiales de enseñanza de obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, tomo I, p. 353.

vició su voluntad y celebró el acto (en su conjunto) mediando dolo, error, violencia o intimidación, dicho acto jurídico, también en su conjunto, resultaría anulable. Creemos que esta materia no admite debate.

2.4. Cesión del crédito principal

Salvo pacto en contrario, la cesión del crédito principal confiere al cesionario el derecho de exigir la pena en los casos de incumplimiento.

La solución es clara en la ley peruana. El artículo 1211 del Código Civil dispone que «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 [...]».

Si bien la norma no menciona expresamente a la cláusula penal, al ser ella un accesorio del crédito principal que se transmite, le son de aplicación plena las consecuencias de dicho precepto.

2.5. Extinción de la obligación principal

Tal como será analizado con mayor detalle al tratar el tema de la extinción de la cláusula penal, la extinción de la obligación principal opera la de esta última.

Coincidimos con Kemelmajer de Carlucci[3804] cuando anota que la solución es de toda lógica, ya que si lo que se persigue con la estipulación accesoria es el cumplimiento de lo que se debe, desaparecido el vínculo, no tiene sentido mantener la existencia de la pena.

2.6. Garantías de la obligación principal

Las garantías convencionales o legales que amparan la obligación principal no siempre protegen el crédito derivado de la cláusula penal.

En esta línea de pensamiento, es necesario revisar las disposiciones contenidas en el Código Civil peruano, referentes a garantías legales y convencionales, para conocer sus prescripciones.

Consideramos que la garantía hipotecaria que ampara el crédito derivado de la obligación principal no protegería el crédito proveniente de la obligación penal. Lo indicado se desprende de la interpretación restrictiva que debe imperar en materia de preferencias en el cobro. Es decir, tratándose de créditos privilegiados, las cláusulas penales no estarán amparadas por la prelación en el cobro si no existe norma expresa que así lo admita.

Por su parte, la fianza suscita algunas cuestiones de interés que debemos analizar.

3804 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 83.

Kemelmajer de Carlucci[3805] señala que «Si la cláusula penal se ha pactado en el mismo documento que la obligación principal afianzada, es de presumir que la fianza abarca también la pena».

Resulta lógico pensar —precisa la profesora citada— que conocido el documento en el cual se integra la obligación afianzada, también se tome conocimiento de la cláusula penal. Consecuentemente, indica que si no hay una expresa exclusión de ella, la pena también estará amparada por la fianza.

En cambio, si la pena convencional ha sido contraída en un documento separado, no puede darse esa presunción de conocimiento simultáneo. Por consiguiente, si no hay intervención expresa del fiador, el crédito derivado de la cláusula penal no estará amparado por la garantía personal.

A nuestro modo de ver, el Código Civil, en el artículo 1878[3806], extiende la garantía personal de la fianza a la protección del crédito derivado de la cláusula penal, como accesorio de la obligación principal, no haciendo precisiones en torno de si se estipuló en el mismo documento o en documento separado de la obligación principal afianzada. Sin embargo, es evidente que jamás se podría establecer una penalidad, sea del monto que fuere, sin conocimiento y aprobación del fiador. Por lo demás, la fianza es un contrato que debe constar por escrito.

Cabe señalar que la referida norma sólo condiciona la extensión de la garantía a la obligación penal, si la fianza no ha sido limitada a amparar el crédito derivado de la obligación principal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3805 *Ibidem*, p. 84.

3806 El artículo 1878 del Código Civil peruano expresa lo siguiente: «La fianza, si no fuese limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago».

Reducción de la cláusula penal

Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

1. Fuentes nacionales del artículo 1346

Dentro de la legislación colonial, en lo relativo a la reducción de la pena excesiva, podemos mencionar a la Ley 247 de Estilo: «*La pena puesta en gran quantidad no se entiende mas de al dos tanto*».

También puede hacerse mención, en lo relativo al caso de cumplimiento parcial de la obligación, del Fuero Real, Ley 9, Título XX, Libro III: «*Todo home que fuere tenido de pagar deuda à plazo con pena, si paga alguna cosa del deudo ante del plazo, ò en plazo, no le pueda después demandar à aquel a quien habíe de pagar toda la pena por lo que fincó de pagar*».

El artículo 1346 del Código 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 sus artículos 737: «La pena convencional no debe comprender todos los bienes, ni exceder el duplo de su legítimo valor» (precepto que se encontraba entre las normas de obligaciones de dar); y 825: «La pena puede modificarse por el juez, en el caso de haberse cumplido en parte la obligación principal».

Por otra parte, el Código Civil de 1852 trataba el tema en su artículo 1275: «Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, debe observarse lo pactado»; mientras que el Proyecto de Código Civil de 1890 lo hacía en una serie de normas, los artículos 1443: «Si se pacta el pago de cierta cantidad de dinero por daños y perjuicios, para el caso de que no se cumpla una obligación, debe observarse lo pactado»; 1568: «Cuando la obligación tiene por objeto entregar cantidad determinada, y la pena consiste en otra cantidad también determinada, no pueda ésta exceder del duplo de aquélla»; 1569: «Si la obligación es de valor indeterminado, y excesiva la pena estipulada, puede el deudor, caso de incurrir en ella, pedir al Juez que la reduzca prudencialmente»; 1572: «En las obligaciones con cláusula penal, no hay lugar a indemnización de daños y perjuicios, cuando el deudor incurre en mora, y el acreedor sólo tiene derecho para exigir la aplicación de la pena estipulada, aunque pruebe que ella no es suficiente indemnización, salvo pacto diverso o contrario»; 1575: «El deudor no tiene derecho para eximirse del cumplimiento de la obligación,

LUIS MARIO CASTILLO FREYRE

cumpliendo la pena, a no ser que expresamente se haya reservado este derecho»; y 1577: «Si el deudor cumple la obligación sólo en parte, o de un modo indebido, o fuera del lugar, o del tiempo designados, y el acreedor acepta semejante cumplimiento, la pena debe disminuirse proporcionalmente, correspondiendo al Juez fijar la rebaja, si no hay acuerdo entre acreedor y deudor».

Es necesario señalar que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925 regulaba el tema en sus artículos 179: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; y 186: «El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal»; en tanto que el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, lo hacía en los artículos 170: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; y 177: «El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936, en los artículos 1213: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; y 1217: «El valor de la pena impuesta, no puede exceder al de la obligación principal»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1227: «El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el 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 este particular en su artículo 77: «El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o en caso de cumplimiento irregular o parcial, aceptado por el acreedor.— El acreedor no tendrá derecho a un resarcimiento más elevado, aunque pruebe que el convenido es insuficiente, salvo que establezca la culpa del deudor»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en los artículos 201: «El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.— Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.— En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.— Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo»; y 202: «El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en los artículos 1364: «El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.— Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

de la prestación.— En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.— Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo»; y 1365: «El juez sólo podrá reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984, en el artículo 1313: «El juez puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

2. Análisis

Para comprender cabalmente el problema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal, debemos remontarnos a los orígenes de la institución y estudiar su evolución histórica y la legislación comparada, así como el régimen legal vigente en el Derecho peruano.

2.1. Evolución histórica y legislación comparada

La cláusula penal se originó en el antiguo Derecho romano, con el objeto de establecer una reparación pecuniaria por el incumplimiento de las obligaciones.

En el antiguo Derecho romano sólo era exigible el cumplimiento forzoso de obligaciones de dar sumas de dinero. Las demás obligaciones de dar, así como las obligaciones de hacer y de no hacer, no eran susceptibles de ejecución forzada. Los jueces, por su parte, tampoco estaban facultados para fijar una indemnización en caso de incumplimiento.

Así, la cláusula penal vino a solucionar la deficiencia del sistema. Ella se estipulaba con el fin de que el acreedor pudiera exigir el pago de una indemnización, en caso de que el deudor incumpliera su obligación de dar —distinta a la de entregar una suma de dinero—, de hacer o de no hacer.

La nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. La única limitación conocida consistía en que la cláusula penal no podía utilizarse para encubrir un pacto de intereses usurarios. En este caso, la cláusula penal sí podía ser modificada, pero no porque su naturaleza así lo exigiera, sino porque ella atentaba contra una norma de orden público. En el Libro VII, Título XLVII, del Código de Justiniano se lee que como se han llevado hasta el infinito las antiguas deudas respecto a intereses, mandamos que en todos los casos que contienen una cantidad o cosa cierta, como en las ventas o en los arrendamientos y en todos los contratos, los intereses no excedan en manera alguna la cantidad del duplo[3807].

3807 Mordeglia, Eugenio. «Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal». En *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, año XIV, n.º 3. Córdoba, julio-septiembre de 1950, p. 59.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Más tarde, cuando el Derecho romano llegó a hacer exigibles las obligaciones de dar de toda clase y las obligaciones de hacer y de no hacer, la cláusula penal conservó la utilidad que tradicionalmente le han reconocido todas las legislaciones, esto es, evitar la necesidad de probar los perjuicios y su cuantía, y usarla como instrumento destinado a obligar al deudor a cumplir con los compromisos asumidos.

Pero las doctrinas del antiguo Derecho francés y de Dumoulin y Pothier fueron distintas. En el caso de Pothier, hasta contradictoriamente distintas con el espíritu liberal que informó al Código Napoleón, en cuyo contenido tuvo tanta influencia.

Consideraba Pothier[3808], siguiendo a los tratadistas del antiguo Derecho francés y a Dumoulin, «[...] que es contraria a su naturaleza el que pueda llevarse más allá de los límites de lo que la ley prescribe para daños y perjuicios»; y que la cláusula penal debía ser modificada cuando ella se había utilizado para imponer a alguna de las partes una indemnización arbitraria. Agregaba el maestro de Orléans que la cláusula penal era, generalmente, una estipulación de estilo que el deudor aceptaba en la falsa confianza de que no faltaría a su obligación, creyendo, al someterse a ella, no obligarse a nada. Y que, desde este punto de vista, su cumplimiento riguroso podía consagrar una injusticia.

No obstante la influencia del pensamiento de Pothier en la elaboración del Código Napoleón, su doctrina acerca de la cláusula penal difícilmente podía prevalecer en esta legislación, imbuida de preceptos liberales y excesivamente respetuosa de la autonomía de la voluntad. Cabe recordar que el Código francés establece, en el artículo 1134, la fórmula terminante de que el contrato tiene fuerza de ley (*lieu de loi*) para las partes.

Fue por ello que el artículo 1152 del Código Napoleón —posteriormente modificado por Ley n.° 75-597, artículo primero, de 9 de julio de 1975 y Ley n.° 85-1097, artículo primero, de 11 de octubre de 1985— originalmente no concedió a los jueces la facultad de variar el monto de la pena estipulada.

Como es sabido, la doctrina francesa tuvo singular importancia durante el siglo XIX. La mayoría de las legislaciones adoptaron la antigua fórmula del artículo 1152 del Código Napoleón. Tal es el caso del antiguo Código Civil italiano de 1865 (artículo 1214), del antiguo Código Civil portugués (artículo 675), del texto original del Código Civil argentino (artículo 656, luego reformado en 1968, por la Ley n.° 17.711), y del Código Civil peruano de 1852 (artículo 1275)[3809].

3808 POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Editorial Biblioteca Científica y Literaria, 1988, tomo I, p. 13.

3809 Podemos referir que entre los criterios que adoptan las legislaciones de nuestra tradición jurídica para reducir el monto de la cláusula penal, tenemos los que se menciona a continuación:
(a) El monto desproporcionado de la pena.
Esta desproporción puede ser ponderada de acuerdo a las siguientes pautas:

La regla en el Derecho germánico tuvo una evolución distinta. Las antiguas legislaciones germánicas, cuyo origen se encuentra en el Derecho romano, consagraban la regla de la inmutabilidad de la cláusula penal. Y sólo aceptaban la misma excepción que en el Derecho romano, o sea, la revisión de la pena cuando ella estaba destinada a disfrazar un pacto de intereses usurarios. El Proyecto de Código Civil alemán siguió esta misma doctrina. Pero el Código Civil alemán volvió a las concepciones del antiguo Derecho francés y de Dumoulin y Pothier, al permitir la modificación de la pena.

Las normas del Código Civil alemán del año 1900 (artículos 340, parágrafo 2, y 343, parágrafo 1) tuvieron acogida legislativa poco tiempo después, en el año 1911, al promulgarse el Código Federal suizo de las Obligaciones (artículos 161, párrafo 2, y 163, párrafo 3). Estos textos legales permiten modificar la cláusula penal estipulada, tanto para aumentarla como para disminuirla, a solicitud del acreedor o del deudor, respectivamente.

Dicen Enneccerus, Kipp y Wolff[3810] que el Código Civil alemán «ha dispuesto que la pena convencional, desproporcionalmente elevada, ya vencida, pero aún no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a petición del deudor». Y agregan que si, como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena, como importe mínimo del daño y, si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este

(a.1) Gravedad de la falta. Se refiere al grado de reproche que merece quien incumple. En nuestro ordenamiento jurídico, esta graduación pasa por tres niveles: culpa leve, culpa inexcusable y dolo; pero no es tomada como referencia por la ley nacional.
(a.2) Valor de las prestaciones. Se refiere al interés que tenga el acreedor en el cumplimiento de la prestación. Para ello se ha de tener en cuenta todo interés legítimo del acreedor y no sólo su interés patrimonial.
Se señala que para determinar el importe adecuado deberá tenerse como momento en que se juzgue el interés del acreedor aquél en que se deba dictar la sentencia.
(a.3) Ventajas que genera el incumplimiento para el deudor. Se encuentra en concordancia con el principio de equidad que inspira la reducción de la penalidad, pues, aparentemente, lo correcto sería que el deudor pague al acreedor aquello que le hubiese sido de provecho como resultado de la inejecución de la obligación.
A nuestro entender, este criterio debe ser desestimado, habida cuenta de que, si atendemos a la naturaleza de la cláusula penal, lo que ella pretende es una evaluación previa de los daños y perjuicios que pudieran irrogarse al acreedor como resultado del incumplimiento. En este sentido, no cabe reducir el monto de la penalidad atendiendo a los beneficios que hubiera obtenido el deudor, pues éstos suelen generarse independientemente de los daños que eventualmente se infrinjan al acreedor.
(b) Lesión subjetiva: aprovechamiento abusivo de la situación del deudor.
Este criterio se refiere a los supuestos en que una de las partes, aprovechándose de la necesidad, ligereza o inexperiencia de su contraparte, consigue pactar una cláusula penal evidentemente desproporcionada y sin justificación.
Cabe señalar que la excesiva desproporción, valorada objetivamente, entre la cláusula penal y el daño irrogado o el valor de la prestación, genera una presunción *iuris tantum* de que se ha producido un aprovechamiento del acreedor al momento de fijar el monto de la penalidad.

3810 ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, pp. 188 y 189.

plus, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación, de la pretensión de indemnización.

El principio jurídico de la mutabilidad de la pena que consagraron los Códigos alemán y suizo fue recogido por numerosos proyectos y legislaciones, tales como el Proyecto de Código uniforme franco-italiano (artículo 166), el Proyecto de Código Civil argentino de 1936, el Anteproyecto brasileño de Código de Obligaciones de 1941 (artículo 351), el Código Civil de la República Federativa Soviética de Rusia de 1922 (artículo 142), el Código Civil italiano del año 1942 (artículo 1384) y el propio Código Civil peruano de 1936 (artículo 1227); pero ya no en los términos originales concebidos por el legislador alemán, que permiten la revisión de la cláusula penal, a solicitud del acreedor o del deudor, para aumentarla o disminuirla, sino únicamente para reducirla, prescindiendo de la voluntad de los contratantes, cuando ella es «manifiestamente excesiva» o cuando «excede considerablemente los perjuicios que en efecto se causó al acreedor».

Ninguna de estas normas optó, sin embargo, por la solución de suprimir la pena cuando se probaba que el acreedor no había sufrido perjuicios.

Algunas legislaciones, como hemos visto, no permiten la modificación de la pena. Otras admiten el aumento o disminución de la cláusula penal estipulada, a pedido de parte. Otras tan sólo su reducción, de oficio, por iniciativa del juez o a petición de parte, pero ninguna permite la supresión de la pena.

Ángel Ossorio y Gallardo[3811], autor del Anteproyecto de Código Civil boliviano de 1943, consigna en el último párrafo del artículo 767 que la cláusula penal, si no hay daños y perjuicios, no será exigible. Expresa el famoso jurista español que si la pena sirve para sustituir la indemnización de daños y perjuicios sólo será aplicable cuando existan éstos. De otra manera, agrega, la cláusula penal implicaría una lotería. La cláusula penal sólo sirve para evitar la demostración de la cuantía del perjuicio, que aparece previamente determinada. Pero los perjuicios tienen que ser reales. De otro modo, ¿por qué satisfacer el resarcimiento de perjuicios que no existen?

Frente a estas corrientes legislativas antagónicas, el Código Civil brasileño de 1916 adoptó, en el artículo 920, una fórmula intermedia al estatuir que el juez no está facultado para reducir la pena estipulada, pero que ella, en ningún caso, puede exceder a la obligación principal.

La solución brasileña ha inspirado algunas legislaciones, particularmente latinoamericanas, por ejemplo al Código Civil de Nicaragua (artículo 2002) o al Código Civil mexicano (artículo 1843).

3811 Ossorio y Gallardo, Ángel. *Anteproyecto de Código Civil boliviano. Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia.* Buenos Aires: Imprenta López, 1943, volumen II, p. 352.

A criterio de algunos autores, como Alterini[3812], tal solución es objetable porque relaciona el monto de la pena con el de la obligación, y no con la cuantía del daño efectivo que es el objeto de la reparación. Además, señala que este sistema implica despojar a la cláusula penal de su función estimulativa, puesto que desaparece el incentivo para cumplir la obligación que deriva del mayor monto de la pena, comparado con el de la obligación principal.

Mediante Ley n.° 10.406 del 10 de enero de 2002, el Congreso de la República Federativa do Brasil promulgó el nuevo Código Civil de ese país. De conformidad con su artículo 2044, dicho Código tuvo una *vacatio legis* de un año, a partir de la fecha consignada antes de entrar en vigencia.

Este nuevo Código regula la posibilidad de modificar el monto de la cláusula penal en sus artículos 412, 413 y 416[3813]. La primera de estas normas mantiene el precepto del Código anterior, en el sentido de que la penalidad no podrá exceder el monto de la obligación principal. Sin embargo, en el siguiente artículo se establece que la penalidad debe ser reducida por el juez cuando fuese manifiestamente excesiva, atendiendo a la naturaleza y finalidad del contrato. Asimismo, el artículo 416 dispone que, aun cuando el perjuicio exceda lo previsto en la cláusula penal, el acreedor no podrá exigir indemnización suplementaria, a menos que así se hubiese pactado. De ser el caso, el acreedor estará obligado a probar el perjuicio excedente.

Estas disposiciones determinan que el sistema adoptado por el nuevo Código Civil brasileño de 2003 haya abandonado la inmutabilidad absoluta de su predecesor para acogerse a un sistema de inmutabilidad relativa. En efecto, si bien es cierto que el monto de la penalidad se mantiene limitado por el valor de la prestación objeto de la obligación principal, ahora el juez brasileño estará facultado para reducirlo equitativamente. No obstante, la penalidad no podrá ser incrementada a menos que se haya pactado la indemnización por daño ulterior.

Por otra parte, cabe advertir la uniformidad legislativa y doctrinaria respecto de la reducción equitativa de la pena, cuando la obligación es cumplida en parte o irregularmente por el deudor. No es nuestro propósito polemizar sobre el tema, pues la solución jurídica, en ese caso, es inobjetable.

3812 Alterini, Atilio Aníbal. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 299.

3813 Código Civil brasileño de 2003:
Artículo 412.- O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.
Artículo 413.- A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.
Artículo 416.- Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.
Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

No sucede lo mismo cuando la obligación es incumplida totalmente por el deudor. Cualquier solución, sobre la conveniencia o inconveniencia de modificar la cláusula penal estipulada en esta hipótesis, invita al debate.

2.2. La cláusula penal en el Derecho peruano

En el Perú, el sistema de la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal ha evolucionado de acuerdo con las corrientes predominantes en cada época.

El Código Civil de 1852, siguiendo la tradición del Código Napoleón, establecía lo siguiente:

> Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado.
>
> Artículo 1301.- Puede celebrarse el contrato con cláusula penal, esto es, con obligación de pagar cierta cantidad en los casos de demora, o falta de cumplimiento.

Resultaba evidente que dichos preceptos correspondían al Derecho francés. La penalidad era intangible.

Al nombrarse la Comisión Reformadora del Código Civil, Manuel Augusto Olaechea[3814], en la sesión de 28 de octubre de 1925, sometió al estudio de la Comisión la Sección Segunda del Libro Quinto, referente a las obligaciones y sus modalidades.

El artículo 179 del Anteproyecto presentado por Olaechea establecía lo siguiente: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Esta norma, según expresiones de Olaechea, encontraba su antecedente en los artículos 1231 del Código Civil francés (luego reformado por los preceptos antes indicados), 1154 del Código Civil español, 656 del Código Civil argentino (luego reformado por Ley n.° 17.711, del año 1968) y 924 del Código Civil brasileño de 1916.

El artículo 181 del mismo Anteproyecto disponía que:

> Artículo 181.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> El deudor no puede eximirse de cumplirla, bajo pretexto de ser excesiva.

La fuente de esta disposición estaba constituida por el artículo 927 del Código Civil brasileño de 1916 y por el texto original del artículo 656 del Código Civil argentino.

3814 Olaechea y Olaechea, Manuel Augusto. En Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Op. cit.*, fascículo v, pp. 173 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, el artículo 186 del Anteproyecto prescribía que: «El valor de la pena impuesta en la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal».

Esta regla sí era propia del Código Civil brasileño de 1916 y estaba destinada a conservar el espíritu de la antigua Ley n.° 2760, contra el agio y la usura, que restringía la libertad de las convenciones por razones de carácter social.

Escribe Olaechea, fundamentando el Anteproyecto presentado a la Comisión, que:

> Se discute acerca del excesivo rigorismo de la cláusula penal, cuando la desproporción existente entre el valor económico de la prestación y la pena pactada es resaltante; y también sobre el derecho del acreedor para solicitar la agravación de la pena estipulada, cuando interviene a su favor una razón análoga pero inversa. Sobre el particular se observan varias tendencias legislativas. El Sistema Francés sancionado por el Código Napoleón, reconoce la soberanía de las partes para fijar la amplitud de la pena convencional; y aunque el artículo 1231 del precitado Código contempla un caso de mitigación de la pena, esa ley no contradice, y antes bien confirma el principio general definido por el artículo 1226, pues dicho artículo se refiere a la hipótesis de cumplimiento parcial de la obligación por el deudor, cuando la deficiente ejecución del compromiso aporte alguna ventaja al acreedor. Otros Códigos, como el alemán (artículo 343) y el suizo de las Obligaciones (artículo 161), facultan al juez para reducir equitativamente las penas excesivas. El Código de Brasil (artículo 413) estatuye simplemente que el valor económico de la pena no puede nunca sobrepasar al de la obligación principal.

Y agregaba Olaechea lo siguiente:

> El anteproyecto adopta la fórmula brasileña, que es ecléctica. Esta fórmula intermedia pone a salvo la función primaria de la cláusula penal cuyo doble fin jurídico es impedir la arbitrariedad judicial y suprimir las dificultades procesales de carácter probatorio sobre la estimación de los daños y perjuicios. Al propio tiempo, esta fórmula reprime el abuso, eliminando el riesgo frecuente de que las estipulaciones contractuales pueden ser en algún caso fuente de enriquecimiento injusto para alguna de las partes. Yo estimo que la solución suizo-alemana, que rechazo, sería de una peligrosidad alarmante en un medio jurídico-social tan imperfecto y mediocre como el nuestro.

El Anteproyecto de Olaechea, en lo relativo a los tres artículos comentados, fue aprobado por la Comisión Reformadora del Código Civil, con ligeras modificaciones de redacción que no alteraban su significado ni alcances jurídicos.

En el Proyecto de Código Civil presentado por la Comisión Reformadora al Poder Ejecutivo el 7 de marzo de 1936 se consignaban las normas siguientes:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.
>
> Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva.
>
> Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal.

Estos textos fueron modificados por la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, a propuesta de Francisco R. Lanatta, secundado por Ernesto de la Jara y Ureta y Pedro M. Oliveira, en su sesión de 6 de agosto de 1936. Y esta modificación dio origen a los artículos 1224 y 1227 del Código Civil que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1936, a saber:

> Artículo 1224.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.
>
> Artículo 1227.- El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Cabe recordar que en el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, presentado en julio de 1981, se optó por el principio brasileño, o sea, por preceptos similares a los que había acogido la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852.

En este orden de ideas, el artículo 1364 del Proyecto establecía lo siguiente:

> Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.
>
> Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.
>
> En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder al monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.
>
> Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.

El artículo 1365 del Proyecto, por su parte, autorizaba al juez a reducir la pena en caso de cumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor. Esta norma era perfectamente coherente y, sin duda, estaba fuera de discusión.

La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, al examinar el artículo 1364 transcrito, conjuntamente con uno de los autores de este tratado, Felipe Osterling Parodi —quien insistió en la idoneidad de los artículos 1364 y 1365 del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Proyecto—, consideró que la regla contenida en el artículo 1227 del Código Civil de 1936 había operado adecuadamente y que, por lo tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio —como ocurría en el Código Civil de 1936— sino tan sólo a solicitud del deudor.

Por ello el artículo 1346 del nuevo Código quedó redactado en los términos siguientes:

> Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Asimismo, la Comisión Revisora entendió que limitarse a reducir una penalidad excesiva podía ser injusto para el acreedor. Bien puede ocurrir, en efecto, que el acreedor pacte una penalidad diminuta y que no tenga la oportunidad, luego de inejecutada la obligación principal, de solicitar que ella se eleve. Fue por ello que atendiendo a tales razones dejó intacto el artículo 1359 del Proyecto, que luego adoptó forma de ley en el artículo 1341 del Código Civil de 1984, con el texto siguiente:

> Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Como se observa, la norma del Código Civil de 1984, a diferencia de lo preceptuado por el Código de 1936, admite dos hipótesis. La primera, que no se pacte indemnización por el daño ulterior. En este caso, el acreedor deberá conformarse con percibir, como indemnización, el monto de la cláusula penal, con la contingencia de que ella pueda ser eventualmente reducida en el caso previsto por el artículo 1346. La segunda, que el acreedor tenga la precaución de estipular la indemnización del daño ulterior. En este caso, si el acreedor considera que la penalidad no resarce los daños y perjuicios que le ha irrogado el deudor por su incumplimiento, puede accionar contra él y exigir un monto adicional a la penalidad estipulada. Para ello tendrá que haber pactado la indemnización del daño ulterior y probar, en el juicio correspondiente, que los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento son superiores a los previstos por la cláusula penal.

Se logró así una solución de cierto equilibrio en virtud de la cual el deudor —quien no es necesariamente la parte más débil en la relación obligacional— puede, a su solicitud, exigir que se reduzca la pena. Pero la solución prevista

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

también permite al acreedor —cuando estipula la indemnización del daño ulterior, y luego de la inejecución estima que la penalidad es insuficiente—, exigir el pago de un monto adicional.

Cabe advertir que, con excepción de las normas sobre dación en pago, éste fue el único caso en que la Comisión Revisora introdujo una modificación sustancial respecto al Proyecto del Libro VI sobre Obligaciones, presentado en julio de 1981.

En materia jurisprudencial, observamos lo expuesto en la Casación n.º 3031-1999-Lima, de fecha 30 de noviembre de 1999, que señala lo siguiente, «*Sexto.*- Que, existen otras situaciones en las cuales la penalidad puede ser reducida o dejada sin efecto total o parcialmente, es el caso en que el contenido de lo pactado afecta una norma legal de orden público o de carácter imperativo; en efecto, el límite de la autonomía de la voluntad o la libertad contractual es la contravención a las normas de carácter imperativo, tal como se encuentra sancionado en el artículo mil trescientos cincuenticuatro (*sic*) del Código Civil».[3815]

2.2.1. La influencia italiana

El Código Civil italiano de 1942 tuvo —en muchos aspectos— notable influencia sobre el legislador de 1984. La cláusula penal es uno de ellos.

Así, observamos que el sistema de mutabilidad relativa adoptado por ambos códigos es muy similar, y la norma fundamental del tema en el Perú, el artículo 1341, se basa en el artículo 1382 del Código italiano, precepto del siguiente contenido:

> Artículo 1382.- Efectos de la cláusula penal.- La cláusula por la que se convenga que en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento uno de los contratantes quedará obligado a efectuar determinada prestación, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a la prestación prometida, si no se hubiera convenido la resarcibilidad del daño ulterior.
>
> La pena se debe independientemente de la prueba del daño.

La otra norma del Código italiano que queremos destacar es el artículo 1384, similar —aunque no idéntico— al artículo 1346 del Código peruano de 1984:

> Artículo 1384.- Reducción de la pena.- La pena podrá ser disminuida equitativamente por el juez, si la obligación principal hubiera sido ejecutada en parte o si el monto de la pena fuese manifiestamente excesivo, teniendo siempre en consideración el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento.

3815 LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante. Op. cit.*, p. 373. Consultado en: https://lpderecho.pe/indebida-acumulacion-intereses-capitalizables-pactados-clausula-penal-no-origina-nulidad-contrato-principio-conservacion-casacion-3031-1999-lima/ [Texto correspondiente a la tercera edición]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como vemos, el Código italiano acoge al sistema de inmutabilidad relativa, lo cual implica que se podría reducir el monto de la penalidad, pero no aumentarlo. No obstante, se establece la posibilidad de pactar el daño ulterior.

Messineo[3816], al comentar el artículo 1384 del Código italiano, señala que el deudor no puede exigir una reducción de la pena; sólo el juez —y «únicamente» en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea manifiestamente excesivo (es decir, adquiera un carácter usurario)—, tiene la facultad de reducirla equitativamente, tomando en cuenta, sin embargo, el interés del acreedor en el cumplimiento. En cambio, al juez no se le atribuye ningún poder en el caso de penas insuficientes.

Por su parte, Scognamiglio[3817] agrega que, en previsión de posibles abusos, el artículo 1384 del Código Civil italiano faculta al juez para disminuir equitativamente el monto de la pena si la obligación fue ejecutada parcialmente o si puede estimarse excesiva en consideración del interés del acreedor en el cumplimiento —aspecto, este último, no incluido en el artículo 1346 del Código Civil peruano de 1984—.

Por lo demás, apreciamos como perfectamente aplicables al Código Civil italiano de 1942 los comentarios vertidos con relación al sistema de inmutabilidad relativa, en lo atinente a la desnaturalización y cumplimiento de las funciones de la cláusula penal.

Asimismo, considerando que el Código Civil peruano de 1984 tuvo como referente al Código italiano, son aplicables a este cuerpo legal los comentarios expuestos con ocasión del análisis de las normas de nuestro Código Civil, en lo que fuera pertinente, dada su notoria similitud.

2.3. Nuestra opinión

Como se ha visto, la doctrina y la legislación comparada ofrecen variadas soluciones al problema que suscita la modificación de la cláusula penal, que renueva, una vez más, el antiguo conflicto que plantea la vida del Derecho: la seguridad, mediante la inmutabilidad de la cláusula penal, y la equidad, permitiéndose su revisión.

Las alternativas son numerosas.

Puede optarse por el sistema del Derecho alemán y del Derecho suizo, que permite la modificación de la cláusula penal, para aumentar o disminuir la indemnización fijada convencionalmente por los contratantes, a solicitud de cualquiera de ellos. O por el sistema del Código Civil peruano de 1936, que obligaba al juez a reducir la pena cuando era «manifiestamente excesiva», pero no permitía

3816 Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato. Op. cit.*, tomo I, p. 220.

3817 Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 152.

aumentarla. Por la doctrina de Ángel Ossorio y Gallardo, que admite la supresión de la pena cuando se prueba que el acreedor no ha sufrido perjuicios por la inejecución o por el retardo en el cumplimiento de la obligación. Por la regla original del Código Napoleón, que sancionaba la inmutabilidad de la cláusula penal. O, finalmente, por la norma del Código Civil brasileño de 1916, que no permite modificar la cláusula penal, pero que la limita en su cuantía.

El aumento o disminución de la indemnización convencional prevista por el acreedor y por el deudor, a solicitud de cualquiera de ellos, a pesar de los diversos fundamentos que se han señalado a su favor «[...] con referencia a la moral y a las buenas costumbres, al enriquecimiento sin causa, al abuso del derecho, a la necesidad de moralizar el derecho y reprimir el negocio usurario, etcétera»[3818], parece conspirar contra la seguridad contractual que se buscaba.

Si la cláusula penal, como hemos dicho, se estipula con el fin de evitar el debate sobre la existencia de los perjuicios y su cuantía, conceder a los jueces la facultad de modificarla significa, en numerosos casos, abrir la controversia sobre la existencia de tales perjuicios y sobre su monto.

Vemos entonces que se sustituye el pacto libremente concertado por las partes —con la misma libertad con la que concertaron la obligación cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal—, por un juicio complejo y costoso en que se objeta ese pacto, pues si la pena debe ser razonablemente proporcional al daño sufrido por el acreedor, a la gravedad de la falta, a los intereses en juego y a la propia situación de las partes, es inevitable que se discuta y pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía.

Los jueces tienen la obligación de pronunciarse según las pruebas que aporten las partes. Mal podría un juez, a falta de ellos, aumentar o reducir la indemnización fijada contractualmente cuando el deudor se obligó a entregar costosas máquinas industriales (obligación de dar) y no cumplió el contrato; o cuando el deudor se obligó a construir una fábrica (obligación de hacer) e incumplió la obligación; o cuando el deudor se obligó a no revelar un secreto (obligación de no hacer) y violó esta obligación.

¿Podría un juez, en estos casos, decidir si la indemnización es excesiva o insuficiente tan sólo con criterio de conciencia y sin que se actuaran las pruebas de la existencia o inexistencia de los perjuicios, o de su cuantía? ¿O sería necesario para que el juez modificara la pena, que se demostrara indubitablemente que el acreedor sufrió perjuicios superiores o inferiores a los pactados? Parece claro que es esta última solución la que debe prevalecer.

Hay que reconocer que en algunos casos la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez, que actúe con criterio de conciencia,

3818 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, p. 245.

a la convicción de que la pena pactada es excesiva o insuficiente. Pero también hay que recordar que en numerosas ocasiones las complejas relaciones contractuales, la fisonomía propia de los convenios cuyo cumplimiento se trató de asegurar con una cláusula penal, no permiten al juez pronunciarse sin pruebas. Y si el juez, en estos casos, modifica la pena sin que se acrediten los perjuicios, se arriesga a cometer una arbitrariedad.

Desde este punto de vista, cuando es el acreedor quien pretende que el monto de la indemnización fijado por la cláusula penal es insuficiente para reparar los perjuicios que le ha ocasionado la inejecución de la obligación, deberá probar su cuantía. Obviamente, dentro del marco legal peruano, sólo lo podría hacer de haberse pactado la indemnización del daño ulterior.

Y cuando es el deudor quien manifiesta que la pena es excesiva, porque el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los pactados o no sufrió perjuicios por el incumplimiento, entonces es a tal deudor a quien le corresponderá probar estos hechos.

Pero en ambos casos se da paso a un debate que las partes, justamente por haber estipulado una cláusula penal, quisieron evitar.

Cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal existe una simple reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331 del Código Civil peruano de 1984). Pero cuando se estipula una indemnización convencional, y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.

Aun en estos casos de reversión de la carga de la prueba, un acreedor prudente —en la práctica— tendría que demostrar la existencia de los perjuicios y su cuantía, para evitar que el juez, no obstante que el deudor alegó, pero no probó que la pena fuera excesiva, ordenara su reducción.

El riesgo de que el acreedor pudiera ver reducida la cláusula penal, con pruebas o sin pruebas, lo conduciría, necesariamente, a acreditar los perjuicios y su cuantía.

Y bien, si admitimos que generalmente es necesario incursionar en el terreno probatorio, y si se demuestra fehacientemente que el acreedor no sufrió perjuicios, ¿cómo se justificaría mantener la obligación del deudor al pago de una indemnización? Porque debe observarse que las legislaciones alemana y suiza, iniciadoras de estas nuevas corrientes en el Derecho moderno, aceptan la reducción de la pena, mas no su supresión.

¿Debe el juez mantener una sanción pecuniaria, aunque sea simbólica, si se demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios por el incumplimiento del deudor?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si se acepta lo que se quiso evitar con la cláusula penal, si se admite el debate sobre la existencia de los perjuicios y sobre su cuantía, y si el deudor demuestra que el acreedor no sufrió perjuicios, no debería el juez estar obligado a mantener vigente el pago de una indemnización.

Parece pues congruente la tesis de Ángel Ossorio y Gallardo cuando consigna, en el artículo 767 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de 1943, que si no hay daños ni perjuicios no será exigible la pena.

Puede agregarse, en apoyo de la tesis que rechaza la modificación de la cláusula penal, que el pacto por el que se fija esta indemnización convencional no compromete normas de orden público. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de libertad de las convenciones, debía reconocerse y respetarse el monto de la pena que las partes hubiesen determinado libremente.

Asimismo, es importante señalar que el principio de la inmutabilidad se condice con la finalidad práctica de la institución, otorgando al negocio jurídico gran seguridad sobre las perspectivas futuras.

Este carácter se vincula con la función compulsiva; de nada valdría prever la imposición de una pena si llegado el incumplimiento no se tuviese la seguridad de contar con su importe. Si se permitiese volver sobre lo pactado para elevarlo o reducirlo, bien podría no preverse nada y remitirse desde el principio a la apreciación judicial.

Al debilitar la fuerza de la pena, indirectamente se crean dificultades para el deudor, porque el acreedor, al verse privado de la garantía que representa la cláusula penal, será más exigente en otros puntos del convenio.

Se ha llegado incluso a afirmar que ninguna vinculación tiene el tema con el de la reducción de los intereses usurarios, porque tradicionalmente la disminución de éstos ha sido referida a los compensatorios o lucrativos, intentando con ello disminuir ganancias ilícitas de un acreedor que se sitúa frente a un deudor que cumple con la prestación a su cargo. En cambio, en el terreno de la cláusula penal existe un deudor, incumplidor, por lo que nadie sino él debe asumir los riesgos de su obrar antijurídico[3819].

A modo de conclusión, debemos afirmar que nadie mejor que las partes mismas para fijar de antemano, por medio de la pena o multa, el monto de los perjuicios que el acreedor cree justo recibir por la inejecución o el retardo en el cumplimiento de la obligación, y que el deudor también considera justo pagar en estas mismas eventualidades.

Asimismo, no debe perderse de vista que la cláusula penal sólo es exigible en los casos de incumplimiento por dolo o por culpa del deudor. La inculpabilidad del

3819 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 89 y 90.

deudor, salvo pacto en contrario, extingue la obligación (artículo 1343 del Código Civil peruano de 1984).

Las críticas expuestas son aplicables, con mayor severidad, a las legislaciones que sólo permiten la reducción de la pena estipulada. Nos referimos, concretamente, al artículo 1227 del Código Civil peruano de 1936 y al artículo 1346 del Código de 1984.

Estas normas parecen tener su origen en el supuesto erróneo de que es siempre el deudor la parte más débil de la relación jurídica y que merece, por lo tanto, tutela especial.

Este concepto, propio de relaciones de otra naturaleza, según parecer de un sector importante de la doctrina de nuestra tradición jurídica, debe ser proscrito de las legislaciones vigentes, «[...] sobre todo en países nuevos y cosmopolitas —expresa Lafaille—[3820], donde es necesario reforzar ciertos conceptos éticos y de convivencia».

Los legisladores de 1936 y 1984 parecieron no haber tenido presente que también es deudor el empresario importante que se obliga a suministrar mercaderías; o el contratista que se obliga a construir una obra; o el dueño de medios de locomoción que se obliga a trasladar personas o mercaderías; o, en fin, todo aquel que está obligado al cumplimiento de una prestación. Desde este punto de vista, no es posible suponer que el deudor sea siempre la parte más débil en la relación jurídica (aunque en muchas ocasiones lo sigue siendo). El deudor, en los casos propuestos, sería la parte más poderosa, sobre todo cuando goza de un monopolio.

Y es ese deudor quien podría haber impuesto al acreedor una penalidad simbólica para el caso de inejecución o retardo en el cumplimiento de su obligación. En esta hipótesis, el acreedor carecería de instrumentos legales para solicitar el aumento de la pena estipulada, aun cuando el monto de los perjuicios que realmente sufrió fuera superior al monto de la indemnización convencional. Los artículos 1227 del Código Civil peruano de 1936 y 1346 del Código Civil de 1984 facultan a los jueces para reducir la pena, no para aumentarla.

La objeción es más grave si recordamos que el acreedor puede ser víctima del incumplimiento por dolo o culpa inexcusable del deudor. Para estos casos dispone el artículo 1321 del Código Civil que el deudor responde de los daños previstos e imprevistos, llámense daño emergente o lucro cesante, en cuanto sean consecuencia directa e inmediata de tal inejecución.

Este precepto funciona plenamente cuando se trata de la indemnización que determina el juez en ausencia de pacto. Pero si se ha estipulado una cláusula penal y, conforme a la ley peruana, ella no puede ser aumentada, el acreedor, víctima del incumplimiento doloso de su deudor, podría ver frustrado el pago de

3820 Lafaille, Héctor. *Curso de contratos. Op. cit.*, p. 226.

una indemnización por los perjuicios sufridos. Si bien algunos autores franceses aceptan para estos casos, como fórmula de solución a la doctrina de la inmutabilidad, que originalmente consagró el Código Napoleón, que vendría a prolongarse el daño, esta regla no es de valor incontestable y debe ser vista con beneficio de inventario frente al texto expreso de la ley. No obstante ello, nos ocuparemos posteriormente del tema con detenimiento.

Si admitimos la revisión de la pena no debemos analizar tan sólo las tribulaciones del deudor. Prestemos igual consideración al acreedor que vio incumplido el contrato, inclusive por dolo o culpa inexcusable del deudor.

El acreedor cuyo contrato no se cumple merece, por lo menos, un trato igual que el deudor. Si se admite la modificación de la cláusula penal, si se introduce en las legislaciones el principio jurídico de su revisión, si se persigue una solución equitativa, entonces que este principio de equidad rija en igual medida para el acreedor y para el deudor.

Dentro de tal orden de ideas, un sistema de mutabilidad absoluta (que permita aumentar o reducir la penalidad) salvaría la incoherencia planteada bajo el sistema de la inmutabilidad relativa, el cual concede la facultad de reducir el monto de la penalidad, pero no admite la posibilidad de aumentarla. La fórmula resulta por demás lógica, puesto que si lo que se pretende rescatar con la reducción de la pena es el principio de equidad entre acreedor y deudor, el buen sentido indica que debería otorgarse a ambos la posibilidad de modificar el monto de la penalidad, ya sea para aumentarla o para reducirla.

No obstante ello, este sistema no soluciona el problema de la desnaturalización de la cláusula penal, que conlleva la posibilidad de modificar su monto. En efecto, la solicitud de disminución o aumento de la penalidad por parte del deudor o del acreedor, según corresponda, inducirá a las partes, necesariamente, a entrar al tema de la probanza de los daños. De este modo, las partes habrían caído, irremediablemente, en el supuesto que quisieron evitar mediante la liquidación convencional anticipada de los daños que, de manera previsible, pudieran derivarse del incumplimiento. ¿Cuál habría sido, entonces, la finalidad de pactar una penalidad que, en los hechos, no cumple ni con la función resarcitoria ni con la función compulsiva propia de su naturaleza?

Este cuestionamiento podría llevarse a extremos, pues si la penalidad no cumple con ninguna de las funciones que le son inherentes, en realidad ¿se trataría de una cláusula penal?

Si doctrinariamente la solución de modificar la pena es susceptible de graves objeciones, la aplicación de la norma, en el campo contractual, puede originar serias intromisiones.

La indemnización que fija el juez en ausencia de pacto está constituida necesariamente por dinero, pues es lo único de valor general.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La indemnización convencional, o sea, aquélla que se determina por la cláusula penal, es de naturaleza distinta. Ella puede estipularse en dinero, pero también puede estar constituida por cualquier otra prestación de dar, o por alguna prestación de hacer o de no hacer, divisible o indivisible. Éste es el principio uniforme de la doctrina y la regla del Código Civil peruano (artículos 1347 y 1348).

Si se pacta como penalidad alguna prestación de dar, de hacer o de no hacer indivisible, o cualquier prestación divisible, pero no susceptible de ser reducida en términos equitativos, entonces el juez, para cumplir con el precepto del artículo 1346 del Código Civil, tendría que sustituir la prestación de la cláusula penal por dinero, y reducir la suma resultante en forma equitativa.

Esta modificación judicial se justifica plenamente cuando la obligación es cumplida en parte o en forma irregular por el deudor. Es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello (artículos 1220 y 1221 del Código Civil peruano de 1984).

Si el acreedor convino con el deudor en aceptar el pago de modo distinto al estipulado, o sea en forma parcial o defectuosa, y nada se acordó sobre la cláusula penal, entonces es justo que ella sea reducida y que el juez, para efectuar tal reducción, quede autorizado a modificar la prestación sustituyéndola por dinero. En caso contrario, el acreedor se enriquecería indebidamente a expensas del deudor.

Pero, esa doctrina no entra en juego cuando las partes acordaron una cláusula penal y se inejecutó totalmente la obligación. Variar la naturaleza jurídica de la prestación, en estos casos, para reducir una penalidad que después de concertado el convenio y de incumplida la obligación se consideró excesiva, parece constituir una intervención injustificada en los asuntos ajenos, que atenta contra la seguridad de los contratos.

Justo es reconocer, por otra parte, que el sistema de la inmutabilidad previsto originalmente por la ley se presta a abusos. Los abusos pueden ser de cualquiera de las partes, tanto del acreedor como del deudor.

Es cierto, en efecto, que la cláusula penal puede utilizarse para imponer una indemnización que podría llegar a ser arbitraria. Pero también es verdad que esta indemnización puede ser arbitraria tanto para el deudor, quien se vería obligado a pagar en exceso, como para el acreedor, quien podría no ver satisfechos los perjuicios que realmente sufrió.

El cumplimiento riguroso de la cláusula penal, en ciertos casos, puede realmente convertir la justicia en instrumento para consagrar una iniquidad.

Las críticas a la doctrina de la inmutabilidad de la pena prevalecen.

Frente a estas tesis contrapuestas debe buscarse una solución adecuada que respete la autonomía de la voluntad, restringiéndola mas no aniquilándola. Esta

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

solución, en nuestro concepto, está constituida por el principio que consagra el Código Civil brasileño de 1916.

La legislación brasileña de 1916 (a diferencia de la de 2003), como hemos expresado, estatuye que el juez no está facultado para modificar la pena estipulada, pero que su valor, en ningún caso, podrá exceder al de la obligación principal.

Esa fórmula permite al acreedor usar la cláusula penal con todas sus ventajas, entre ellas la de la inmutabilidad, cuando considera que los perjuicios que sufrirá por el incumplimiento no sobrepasarán el valor de la obligación principal. Si el acreedor estima que el incumplimiento ocasionará perjuicios superiores al valor de la obligación principal, entonces, simplemente, no pactará la indemnización convencional y tendrá el derecho de exigir oportunamente el pago de la indemnización que fije el juez.

La limitación propuesta viene a constituir un freno a las pretensiones inmoderadas del acreedor.

Asimismo, no se diga que existen dificultades para determinar, comparativamente, los valores de la obligación principal y de la cláusula penal. Más dificultades, por cierto, existen para valorizar los perjuicios. Por lo demás, la contraprestación de la obligación principal, al igual que la cláusula penal, es generalmente en dinero, reduciéndose el problema a una simple apreciación de dos cifras —contraprestación y cláusula penal— preestablecidas por las partes. En los demás casos, un peritaje determinaría con relativa sencillez el valor de las prestaciones estipuladas.

Si la cláusula penal excede el valor de la obligación principal sería reducida por el juez, en la misma medida en que se reduce cuando la obligación es parcial o defectuosamente cumplida.

En este caso se justifica plenamente tal reducción, y eventualmente, para llegar a ella, la modificación de la prestación pactada como cláusula penal y su sustitución por dinero, porque las partes habrían estipulado en contra de la ley, sabiendo de antemano que el valor de la cláusula penal excedía el valor de la obligación principal. Aquí las partes podían seguir una pauta objetiva —el valor de la obligación principal— señalada por el legislador para determinar el monto de la penalidad. Y esta pauta fue violada.

Naturalmente que la solución propuesta no es perfecta pues también puede dar origen a abusos. Sería el caso del acreedor que impone al deudor, arbitrariamente, pero dentro del límite previsto por la ley, una cláusula penal excesiva. O el caso del deudor que acogiéndose a la regla de la inmutabilidad impone al acreedor una cláusula penal insuficiente.

Pero esos peligros no justifican que se descarte de la vida del Derecho una institución que, como la cláusula penal, fomenta el respeto de la palabra empeñada y asegura eficazmente el resarcimiento en caso de que el deudor incumpla la obligación.

ESTUDIO PARAGUAYO DE DERECHO PENAL

Los riesgos anotados se ciernen sobre toda la contratación. Tal sucede cuando se paga un precio excesivo por un bien mueble, o cuando se paga un precio insuficiente por ese mismo bien. O cuando en un contrato de arrendamiento se pacta una renta exagerada, o una renta ínfima.

Conceder con generosidad asideros legales para que el acreedor o el deudor violen lo que convinieron es propiciar la impugnación del contrato siempre que las partes no vieran plenamente satisfechas sus expectativas.

La legislación contractual debe utilizar fórmulas intermedias destinadas únicamente a restringir el principio absoluto de la autonomía de la voluntad, pero no para interferir en cada contrato permitiendo su revisión. Para cautelar a los contratantes se dictan otras normas de orden público, relativas a la capacidad de las personas o a la libre manifestación de su voluntad.

Creemos, en suma, que el límite de la función tutelar, en el caso de la cláusula penal, está señalado por la legislación brasileña de 1916. Lamentablemente el nuevo Código del Brasil del 2003 permite —adicionalmente— la reducción de la pena, con lo que desnaturaliza el sistema del Código de 1916 y desvirtúa su utilidad práctica.

Pero, aun dentro de la doctrina restrictiva del Código brasileño de 1916, la regla debería admitir ciertas excepciones.

En este sentido, podemos expresar que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los contratos paritarios, donde los contrayentes ostentan cierto grado de simetría de condiciones, en el supuesto de que las partes contratantes se relacionen mediante un contrato por adhesión, o celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, en el cual una de las partes colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar, no podría mantenerse intangible la cláusula penal, cuando esté destinada a la cobranza de intereses usurarios, porque en estos casos se estaría enmascarando, bajo esa apariencia, una convención ilícita.

Dentro de tal orden de ideas es preciso afirmar que, cumpliendo la cláusula penal una función indemnizatoria, no puede desconocerse que las partes contratantes no siempre se encuentran realmente en un pie de igualdad que permita aducir categóricamente que contratan con la misma libertad. La idea tradicional de que existe una paridad jurídica de los contratantes no puede sostenerse como verdad absoluta en nuestros días. La difusión que hoy tienen los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación en los que las partes tienen un poder de negociación desequilibrado, y en los que es frecuente que una de ellas se vea obligada por necesidad a adherirse a lo predispuesto por la parte fuerte, pues de lo contrario no podrá acceder a los bienes o servicios que se le ofrecen y que se encuentran en manos de entes monopólicos, determinan lo contrario.

EDICIONES CASTILLO FREYRE

Como expresa Cárdenas Quirós[3821], la libertad e igualdad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, por lo cual se hace necesaria la intervención del legislador para restablecer el equilibrio que las desigualdades de hecho rompieron. El juez debería ser autorizado a intervenir con el objeto de conformar las relaciones obligatorias con los principios de justicia y equidad, limitándose así la autonomía de la voluntad.

También resultaría discutible si el principio de la inmutabilidad de la pena podría prevalecer cuando el deudor pretendiese burlar las responsabilidades procedentes del dolo o de la culpa inexcusable.

Si el deudor impone al acreedor una cláusula penal simbólica, diminuta, que no constituya un verdadero resarcimiento, y luego incumple su obligación por dolo o por culpa inexcusable, entonces debería concederse al acreedor el derecho a pedir el aumento de la pena estipulada. La cláusula penal, en estas circunstancias, importaría una verdadera renuncia al derecho de exigir el pago del íntegro de la indemnización. El artículo 1328 del Código Civil peruano dispone que la responsabilidad, en los casos de dolo o de culpa inexcusable, es exigible en todas las obligaciones y que es nula su exclusión o límite.

Por lo demás, el acreedor debería tener el derecho, en todos los casos en que se incumpla la obligación por dolo o culpa inexcusable del deudor, de exigir una reparación superior a la pactada. En estos casos, el acreedor sólo pudo estipular la reparación de los daños y perjuicios previsibles. Pero —recordemos— el deudor responde, además, de los daños y perjuicios imprevisibles.

El ordenamiento jurídico peruano, al haber acogido el sistema de inmutabilidad relativa de la cláusula penal, sólo permite su modificación para reducirla, pero no para aumentarla. No obstante, la posibilidad de aumentar la indemnización en nuestro sistema jurídico, cuando no se hubiera pactado el daño ulterior y la pena resultara manifiestamente diminuta, podría intentarse en los supuestos de incumplimiento por dolo o culpa inexcusable.

En estos casos el deudor respondería por todos los daños causados, inclusive por aquéllos que no hubiesen sido previsibles al momento de la celebración del contrato.

Dentro de tal orden de ideas, debemos recordar lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil peruano:

> Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

3821 Cárdenas Quirós, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1990, pp. 348-351.

> El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
>
> Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

De la lectura de la norma citada podemos deducir que sería posible señalar —como lo hace Bustamante Alsina—[3822] que la regla según la cual el acreedor no puede pretender otra indemnización aunque el daño sufrido por él sea mayor, sufre excepción cuando el incumplimiento del deudor es doloso (en el caso peruano, sería por dolo o culpa inexcusable), pues no es admisible que invoque la cláusula penal para disminuir la responsabilidad del daño que él ha ocasionado con su inejecución a designio.

Según refieren Enneccerus, Kipp y Wolf[3823], esta es la teoría propugnada por el Código Civil alemán pues si, como ocurre casi siempre, corresponde al acreedor una pretensión de indemnización por incumplimiento, puede exigir la pena como importe mínimo del daño, y si el interés de cumplimiento es superior a la pena, puede exigir este bono puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad, pero no una limitación de la pretensión de indemnización.

En efecto, como anota Estela Ferreiros[3824], el dolo agrava la responsabilidad del deudor, y sería inmoral aceptar que por medio de una actitud dolosa se limite el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor; aceptarlo sería permitir que se enarbole la ilicitud.

A estas consideraciones, debe añadirse el supuesto de que, si se hubiese pactado una pena ínfima, ésta tendría claramente la función de limitar la responsabilidad del deudor[3825]. De acuerdo con el artículo 1328 del Código Civil peruano, este pacto sería nulo, siempre que el incumplimiento se hubiere producido por dolo o culpa inexcusable.

Así, el artículo 1328 de dicho Código establece lo siguiente:

> Artículo 1328.- Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.
>
> También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

3822 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 203.
3823 Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff. *Op. cit.*, tomo II, volumen I, p. 188.
3824 Ferreiros, Estela. *Incumplimiento obligacional.* Buenos Aires: La Rocca, 1998, p. 132.
3825 Alterini, Atilio Aníbal. *Op. cit.*, p. 303.

Al analizar esta norma se debe tener presente que la cláusula penal cumple una función resarcitoria, esto es, la de servir como liquidación convencional anticipada de los daños. En este sentido, cabría preguntarse si es posible pactar que la cláusula penal prevea el incumplimiento doloso o por culpa inexcusable y, de ser así, si ella debe ser inmutable.

Sobre el particular, creemos que si bien es factible pactar una cláusula penal que contemple el incumplimiento doloso o derivado de culpa inexcusable dentro del ordenamiento jurídico peruano vigente, ella será inmutable en tanto y en cuanto no sea inferior a la indemnización que correspondería, de haber sido fijada judicial o legalmente.

Como anota Kemelmajer de Carlucci[3826], la solución contraria resultaría atentatoria al orden público, habida cuenta de que si bien se puede permitir que el incumplimiento del contrato debido a fuerzas exteriores (o incluso a culpa leve del deudor) no produzca responsabilidad o la genere disminuida, suprimirla o disminuirla por dolo, equivaldría a eliminar el contrato, que es uno de los pilares básicos de la sociedad moderna.

Sin embargo, no se trata de un tema pacífico, pues podrían existir elementos para considerar que el artículo 1328 del Código Civil peruano no resultaría aplicable a la cláusula penal. Así, a criterio de García Amigo[3827], cuando el daño es superior al monto de la pena, la cláusula penal puede asumir la función de cláusula limitativa de responsabilidad. No obstante, la diferencia entre estas dos instituciones radicaría en que la cláusula limitativa de responsabilidad nace para proteger al deudor, mientras que la penalidad generalmente se pacta en favor del acreedor; asimismo, mientras la cláusula limitativa de responsabilidad se refiere al daño, la cláusula penal presupone el incumplimiento, independientemente del daño.

No obstante los argumentos expuestos por García Amigo, consideramos que si bien pueden existir diferencias conceptuales entre la cláusula penal y las cláusulas limitativas de responsabilidad, la función que cumplen las penalidades diminutas es idéntica: limitar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento.

De ahí que, a criterio nuestro, la norma bajo análisis (el artículo 1328 del Código Civil peruano de 1984) resulte plenamente aplicable para los supuestos de cláusulas penales irrisorias en las que no se hubiese pactado la posibilidad de resarcir el daño ulterior.

Ahora bien, la consecuencia que se derivaría de la aplicación del referido principio sería la nulidad de la cláusula penal, cuando ésta tuviera por finalidad la limitación de la responsabilidad del deudor que incumple por dolo o culpa inexcusable. Bajo este criterio, el órgano jurisdiccional debería ordenar, a quien

3826 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

3827 Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 144 y 145.

incumpla, el pago de la indemnización por los daños efectivamente irrogados y por el monto que el acreedor consiga demostrar. *Ello, naturalmente, si el acreedor demanda tal nulidad como pretensión procesal*[3828].

Por otra parte, debemos referirnos a los principios aplicables en el Derecho peruano para reducir el monto de la penalidad.

En lo que respecta a los criterios que, de acuerdo con el artículo 1346 del Código Civil peruano de 1984, pueden adoptarse a efectos de reducir el monto de la penalidad, la norma citada admite el empleo tanto de criterios objetivos como de criterios subjetivos.

En el primer supuesto, estimamos que el órgano jurisdiccional no podría negarse a reducir el monto de la penalidad cuando el deudor demuestre —de manera objetiva— que el monto de los daños derivados de su incumplimiento se encuentra por debajo de lo pactado en la cláusula penal.

No obstante la lógica de este argumento, cabría preguntarse si además de la prueba de los daños y perjuicios es preciso que el juez verifique que la penalidad es «manifiestamente excesiva».

Dicho en otros términos, ¿sería posible la reducción de una penalidad que no fuera «manifiestamente excesiva» cuando el deudor hubiese demostrado que los daños efectivamente irrogados por el incumplimiento son menores?

El cuestionamiento resulta perfectamente válido, pues podría darse el caso en que se haya pactado una penalidad razonable —inclusive diminuta, si nos ubicamos en un supuesto extremo—, pero que, sin embargo, los daños irrogados por el incumplimiento estén por debajo del monto pactado y así lo demuestre la parte que ha incumplido.

Si nos atenemos al texto del dispositivo citado, en el ejemplo referido, no se habría verificado el supuesto de hecho que establece la norma, por lo cual no sería procedente la reducción de la penalidad.

La segunda solución posible al problema sería la de obviar la interpretación literal del precepto e indemnizar por los daños efectivamente irrogados, reduciendo de manera proporcional el monto de la pena.

Sin perjuicio de las opciones señaladas, consideramos que, siempre dentro del sistema acogido por el Código Civil peruano, la solución podría encontrarse en adoptar un criterio subjetivo para determinar la reducción de la penalidad.

El fundamento de esta posición se encuentra en el requisito que establece la norma bajo análisis para la reducción de la penalidad.

3828 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

A nuestro parecer, la referencia a la reducción equitativa de la pena «manifiestamente excesiva» denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no sólo se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños y perjuicios efectivamente irrogados, sino que, además, se requiere que esta desproporción sea manifiesta, es decir, abiertamente abusiva y hasta grosera.

Una primera forma de ver el problema nos indica que la verificación de este supuesto no le correspondería al deudor incumpliente, que solicite la reducción de la penalidad, sino al juez. Asimismo, tampoco sería susceptible de ingresar al terreno probatorio, pues no es mediante criterios objetivos, sino subjetivos, que se tendría que evaluar cuándo el monto de la pena pactada es «manifiestamente excesivo».

A la luz de estas consideraciones, pareciera que la probanza de los daños que corre por cuenta de las partes del contrato, sólo podría tener lugar una vez que el órgano jurisdiccional haya determinado que nos encontramos ante una cláusula penal «manifiestamente excesiva», que cumple con el requisito previsto por la norma y, por ende, que debe ser reducida.

No obstante, la objeción que se puede formular a tal planteamiento consiste en que no podría haber apreciación meramente subjetiva, en la medida en que para considerar a una penalidad como «manifiestamente excesiva» tendría que haberse acreditado el monto de los daños y perjuicios verdaderamente sufridos por el acreedor, pues en caso contrario no habría forma de comparar, y luego de llegar a la referida conclusión.

Cabe señalar que el artículo 1346 del Código Civil peruano no es el único precepto de dicho cuerpo normativo que otorga al juez la facultad de emplear su leal saber y entender para la evaluación del monto de los daños y perjuicios. Así, por ejemplo, el artículo 1332 del acotado Código establece el deber del juez de fijar, con valoración equitativa, el resarcimiento del daño que no pudiera ser probado en su monto preciso.

Frente a estos argumentos, siempre podrá objetarse que la determinación de si una cláusula penal es «manifiestamente excesiva» sólo podrá hacerse una vez efectuada la probanza de los daños, esto es, mediante criterios objetivos y no subjetivos.

Sin embargo, ello no excluye la necesidad de efectuar una apreciación subjetiva, pues el hecho de que el monto de la penalidad supere a los daños y perjuicios efectivamente irrogados, aun cuando se pueda comprobar la desproporción, no necesariamente significa que la pena sea «excesiva» y, mucho menos, «manifiestamente excesiva». En este sentido, la necesidad de la apreciación subjetiva del juez parece ser imprescindible.

La presencia del criterio subjetivo del juez podría ser llevada a sus extremos, en el supuesto de que la parte que haya incumplido solicite la reducción de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la penalidad que, de acuerdo con el sentido común, es sin lugar a dudas «manifiestamente excesiva», pero que, sin embargo, omita aportar pruebas conducentes a demostrar la inferioridad del monto del daño. En este supuesto no parece ser lo más sensato declarar infundado el pedido del deudor por falta de pruebas. Por el contrario, parece razonable que el juez emplee su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente, y de manera equitativa, el monto de la penalidad.

La jurisprudencia nacional parecería haber adoptado este criterio, asumiendo como válida la subjetividad del juez al respecto. Así, entre los principios que han seguido los tribunales nacionales, a efectos de determinar la reducción de la penalidad, tenemos los siguientes:

- La Corte Suprema ha considerado que la reducción de la penalidad procede «con el único fin de fomentar el contenido ético de las relaciones contractuales. Esto, en un caso referido a los pactos usurarios a que puede estar sometido el deudor al momento de la celebración del contrato» (sentencia casatoria n.° 1753-97, del 24 de septiembre de 1998).
- En el sexto considerando de esta misma resolución, la Corte Suprema señaló que, en el caso materia de casación, la reducción de la penalidad obedecía «a una apreciación subjetiva del Magistrado». Este criterio ha sido nuevamente aplicado mediante sentencia de fecha 31 de julio de 2001, expedida por la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente n.° 6653-2000.
- De otro lado, mediante sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima resolvió reducir equitativamente la penalidad atendiendo a que «[...] el pago de US$ 50.00 por día, en caso de incumplimiento desde la entrega de la propiedad, es excesivo».
- Cabe señalar que de la lectura de la citada resolución se desprende que los magistrados concluyeron en que la penalidad pactada era excesiva, sin que fuera necesario que el deudor incumpliente demostrara que los daños producidos por el incumplimiento se encontraban por debajo del monto pactado como penalidad. De ahí que resulte posible afirmar que en este caso la reducción se efectuó de acuerdo con el criterio subjetivo y a la valoración equitativa de la sala.
- Otro criterio, no menos interesante, seguido por nuestros tribunales a efectos de reducir el monto de la cláusula penal, ha sido el de considerar que «La suma adeudada a la parte demandante está garantizada con la hipoteca sobre un inmueble de propiedad del demandado, lo que limita también los daños que pudieran sufrir los acreedores ante el incumplimiento del obligado, puesto que la obligación se encuentra debidamente garantizada» (sentencia superior de fecha 31 de julio de 1997, recaída en el Expediente n.° 276-97).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- En un contrato de arrendamiento, cuya renta ascendía a US$ 480.00 mensuales, se había pactado una penalidad ascendente al 15 % de dicho monto por cada día de atraso en que el arrendatario no cumpliera con la desocupación del inmueble a la finalización del contrato.

  Verificada la demora en la entrega del bien e iniciado el proceso orientado a cobrar la penalidad correspondiente, mediante sentencia expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 1 de octubre de 1999, se resolvió reducir el monto de la cláusula penal «en aplicación del artículo II del Título Preliminar del Código Civil».

  En este proceso, la norma invocada por el órgano jurisdiccional se orienta a proscribir el abuso del derecho, supuesto que, a criterio de la sala, se habría verificado con la estipulación de la penalidad que el demandante reclamaba.

- Finalmente, la Corte Suprema decidió reducir el monto de la penalidad en atención a que el incumplimiento del deudor generaba, además del pago de la penalidad, la obligación de pago de intereses, los cuales constituían el medio más idóneo para indemnizar la falta de pago de una suma de dinero en el plazo concertado (sentencia casatoria n.° 3192-98, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia con fecha 1 de junio de 1999).

Ahora bien, en el 2004 se emitió la sentencia de Casación n.° 761-2003-Lima, de fecha 26 de agosto de 2004, que señala lo siguiente, «*Décimo.* En efecto, la penalidad no constituye una suma líquida y exigible por la cual se puede despachar ejecución, debido a la facultad que la ley confiere al juez para reducirla equitativamente si el debate y la prueba demuestran en los procedimientos ordinarios, que es excesiva; para ello en cada caso deberá evaluarse la mayor o menor gravedad del incumplimiento o la mora y sobre esa base, determinarse la reducción de la penalidad».[3829]

No es nuestra intención comentar las resoluciones jurisprudenciales citadas, sin embargo, de su lectura se aprecia que en ninguna de ellas se resuelve reducir el monto de la penalidad en atención a la evaluación de pruebas aportadas por las partes.

En efecto, lejos de abocarse al análisis de los medios probatorios presentados por los litigantes, los tribunales peruanos han resuelto con criterio de conciencia, de acuerdo con aquéllas que —a su leal saber y entender— constituyen penas «manifiestamente excesivas».

3829 Pozo Sánchez, Julio. *Op. cit.*, p. 1011. [Texto correspondiente a la tercera edición]

Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales

Artículo 1347.- Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible.

Artículo 1348.- Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena.

Artículo 1349.- 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.

Artículo 1350.- Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena.

1. Fuentes nacionales del artículo 1347

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

El Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836 regulaba el tema en sus artículos 826: «Cuando la obligación primitiva contraída con cláusula penal es de una cosa indivisible, la pena corre por la contravención de uno solo de los herederos del deudor; y puede exigirse de éste en su totalidad, o de cada uno de los otros según su porción o parte, e hipotecariamente en el todo, quedando a salvo sus derechos contra el causante de la pena»; y 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852 no abordaba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 trataba sobre el particular en su artículo 1578: «Sea divisible, o indivisible la obligación, si no hay solidaridad, cada codeudor, o cada heredero de un deudor cualquiera, no tiene responsabilidad,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por razón de la pena, sino en proporción a la parte que le toque en la obligación, siempre que la pena sea divisible»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 188: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 179: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1219: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; y, finalmente, el Código Civil de 1936, en el artículo 1228: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal».

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 78: «Sea divisible o indivisible la obligación principal, ninguno de los codeudores o de los herederos del deudor incurrirá en la pena sino en proporción a su parte, siempre que sea divisible la obligación de la cláusula penal»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 203: «Sea la obligación divisible o indivisible, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor sólo está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1366: «Sea la obligación divisible o indivisible, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor sólo estará obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1314: «Cada uno de los deudores o de los herederos del deudor está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible, aunque la obligación sea indivisible».

2. Fuentes nacionales del artículo 1348

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 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya

ESTUDIO GASTIÓN PERÚ

acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852 no registraba antecedentes, al igual que 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 particular en sus artículos 189: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; y 190: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926, en los artículos 180: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; y 181: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1220: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.— Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1229: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.— Si fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 se pronunciaba sobre este tema en su artículo 79: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.— Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 204: «Si la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer íntegramente la pena»; el Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981, en el artículo 1367: «Si la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer íntegramente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la pena»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, en el artículo 1315: «Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los deudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer íntegramente la pena».

3. Fuentes nacionales del artículo 1349

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 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852 no tocaba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890 abordaba el particular en su artículo 1578: «Sea divisible, o indivisible la obligación, si no hay solidaridad, cada codeudor, o cada heredero de un deudor cualquiera, no tiene responsabilidad, por razón de la pena, sino en proporción a la parte que le toque en la obligación, siempre que la pena sea divisible»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, lo hacía en el artículo 189: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 180: «Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1220: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.— Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1229: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.- Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores».

EDUARDO LEDO CASTILLO CUEVRE

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 79: «Si la obligación de la cláusula penal fuese indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos queda obligado a satisfacer la pena entera.— Si fuese solidaria pero divisible, cada uno de los herederos del deudor queda obligado en proporción a su cuota en la herencia; pero todos los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores»; en tanto que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980, lo hacía en el artículo 205: «Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.— En caso de fallecimiento de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981, en el artículo 1368: «Si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.— En caso de fallecimiento de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora del año 1984 lo hacía en su artículo 1316: «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».

4. Fuentes nacionales del artículo 1350

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

El artículo 1350 del Código 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 el tema en los artículos 826: «Cuando la obligación primitiva contraída con cláusula penal es de una cosa indivisible, la pena corre por la contravención de uno solo de los herederos del deudor; y puede exigirse de éste en su totalidad, o de cada uno de los otros según su porción o parte, e hipotecariamente en el todo, quedando a salvo sus derechos contra el causante de la pena»; y 827: «Cuando la obligación contraída bajo de una pena es divisible, y alguno de los herederos del deudor falta a ella, la pena corre sólo para éste, y únicamente por la parte que le corresponde, sin que haya acción contra los que han cumplido. Esta regla tiene su excepción en el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con el objeto de que la paga no pueda hacerse parcialmente, uno de los herederos impide el cumplimiento de la obligación en su

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

totalidad, en cuyo caso toda la pena puede exigirse de él y de los otros a proporción de sus partes, quedando a salvo sus recursos»; en tanto que el Código Civil de 1852 no trataba el tema.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1890, lo hacía en su artículo 1578: «Sea divisible, o indivisible la obligación, si no hay solidaridad, cada codeudor, o cada heredero de un deudor cualquiera, no tiene responsabilidad, por razón de la pena, sino en proporción a la parte que le toque en la obligación, siempre que la pena sea divisible»; en tanto que el Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por Manuel Augusto Olaechea, de 1925, trataba sobre el particular en el artículo 190: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926, en el artículo 181: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora de 1936, en el artículo 1221: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; y el Código Civil de 1936, en el artículo 1230: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la Alternativa de la Ponencia de Jorge Vega García del año 1973 regulaba el tema en su artículo 80: «Los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que haya dado lugar a la aplicación de la pena»; mientras que el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980 lo hacía en el artículo 206: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; el Proyecto de la Comisión Reformadora del año 1981 en el artículo 1369: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena»; y, finalmente, el Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984, lo hacía en el artículo 1317: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

5. Análisis de los artículos 1347, 1348, 1349 y 1350

Al analizar esta materia debemos responder a la interrogante de las consecuencias que produce la incorporación de la estipulación penal.

A fin de ordenar conceptos, resulta necesario estudiar separadamente los efectos que se originan cuando existe pluralidad de sujetos en la relación obligacional, pues en estos casos se producen consecuencias particulares.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.1. Efectos en general

En el tema de los efectos generales de la cláusula penal, éstos deben distinguirse según se contemple la institución antes o después del momento en que se produce la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal que garantiza.

En el primer caso, la pena convencional origina en el deudor un efecto intimidatorio o de presión para el cumplimiento de la obligación, toda vez que, como ya se ha expresado, puede acarrear consecuencias más gravosas que un simple incumplimiento. Así, la voluntad de cumplir tendrá mayor vigor, lo que, en definitiva, muestra su función general de garantía.

En el segundo de los momentos señalados, es decir, en caso de que ya hubiese ocurrido la inejecución o el cumplimiento tardío, parcial o defectuoso de la obligación, los efectos de la cláusula penal serán distintos, según haya sido pactada como compensatoria o moratoria. Estos conceptos ya han sido estudiados.

5.1.1. Si la cláusula penal fuese compensatoria

En cuanto a los efectos respecto al deudor, manifiesta Bustamante Alsina[3830] que «Su obligación principal sigue siendo la pactada, de modo que no puede liberarse de la obligación ofreciendo el pago de la pena. Sin embargo, si el acreedor opta por el pago de la cláusula penal la obligación del deudor se extingue con relación a la prestación principal».

En cuanto a los efectos respecto al acreedor, el autor citado expresa que producida la inejecución de la obligación, nace el derecho de opción para el acreedor, quien puede exigir el cumplimiento de la prestación principal, si es aún factible, o el pago de la pena, pero no puede reclamar ambas a la vez, salvo que se hubiese reservado expresamente ese derecho, es decir, que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Agrega Bustamante Alsina que el derecho de opción del acreedor tiene carácter irrevocable. El significado de este principio de irrevocabilidad suscita, sin embargo, determinadas divergencias: algunos autores consideran que la opción es definitiva desde que la elección ha sido notificada debidamente al deudor; desde ese momento el acreedor no puede volver sobre su decisión. Por otro lado, hay autores que sostienen que la opción es irrevocable si el acreedor ha elegido la pena, y no si ha reclamado el cumplimiento, pues no se entiende que ha renunciado a aquélla.

En este sentido, Castán[3831] afirma que el pacto de una cláusula penal compensatoria produce los siguientes efectos:

3830 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 180.

3831 Castán Tobeñas, José. *Op. cit.*, tomo III, pp. 131 y 132.

> Del lado del deudor viene éste obligado a cumplir la pena sin que ello suponga un derecho de opción entre el incumplimiento y la satisfacción de la pena. En caso de haberse reservado tal posibilidad el pacto sale de la órbita de la cláusula penal, constituyendo la llamada pena o multa de arrepentimiento. Por otra parte, del lado del acreedor, éste no puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la pena sin tener expresamente otorgada tal posibilidad. Esto no impide que en una misma denuncia se solicite el cumplimiento de la obligación principal y, de modo subsidiario, la pena.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[3832] señalan que en el caso de que se haya estipulado una cláusula penal compensatoria, el acreedor no puede acumular en su demanda la exigencia de que se le pague la prestación principal y la pena, sino que debe elegir, a su arbitrio, entre una u otra. Este principio es aplicable únicamente a la cláusula penal compensatoria, es decir, a la que se conviene para el supuesto de inejecución absoluta, en el que la pena tiene, entonces, por objetivo reemplazar o indemnizar tal incumplimiento y es lógico, por lo tanto, que no se pueda exigir la indemnización y el cumplimiento.

En opinión de Busso[3833], la cláusula penal compensatoria, si existe incumplimiento: «[...] da al acreedor un derecho optativo ya que puede exigir la pena o la prestación principal. No puede acumular una y otra, ni puede en caso de elegir la pena pretender otra indemnización».

Dentro de tal orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci[3834] sostiene que en el caso bajo estudio, el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas a su arbitrio. Añade que esta prohibición encuentra fundamento —como bien lo expresa Demolombe—[3835] en el carácter resarcitorio de la cláusula penal. Este autor manifiesta que como la cláusula penal compensatoria resarce los daños que produce la falta de cumplimiento de la principal, su acumulación supondría un enriquecimiento sin causa, pues el acreedor recibiría dos veces la misma prestación (en especie y por equivalente).

Kemelmajer de Carlucci también señala que la opción o elección del acreedor (que configura una declaración unilateral de carácter recepticio) debe formularse inmediatamente después de operado el incumplimiento imputable, no siendo requisito indispensable que la prestación principal se haya tornado imposible. Esta declaración producirá efectos desde que es notificada al contratante incumpliente.

La profesora citada finaliza expresando que la opción del acreedor es irrevocable cuando elige la pena. La solución es razonable porque al preferirla, el

3832 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Op. cit.*, tomo I, pp. 256 y 257.

3833 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 468.

3834 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 220, 221, 228, 229.

3835 Charles Demolombe, citado por Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 221.

acreedor ha demostrado su falta de interés en la prestación principal; el deudor dejará de tomar entonces los recaudos necesarios para su cumplimiento. En cambio, si optó por la principal, puede ocurrir que no obstante la decisión judicial que conmine al deudor a cumplir con ella, el obligado no la efectivice, o que la prestación se haya tornado imposible. En esos casos, debe concederse al acreedor el derecho de volver sobre sus pasos y reclamar la pena.

A criterio de Llambías[3836], por razón del carácter subsidiario de la cláusula penal compensatoria, el acreedor no puede acumular el importe de la pena a la percepción de la prestación principal. «Ciertamente, producida la inejecución del deudor, el acreedor goza de un derecho de opción: él puede exigir el cumplimiento específico debido o bien atenerse al importe de la pena».

Llambías agrega que la opción del acreedor es irrevocable sólo cuando elige el importe de la pena: «electa una vía, *non datur regressus ad alteram*». Si, en cambio, prefiere exigir el cumplimiento específico de la obligación, como ello corresponde a la normalidad de las facultades de cualquier acreedor, que no resultan disminuidas por la existencia de la cláusula penal, debe entenderse que no renuncia a hacer valer los derechos emergentes de esta cláusula, sino que los posterga para un momento ulterior.

Es importante, por último, destacar los argumentos de Palacio Pimentel[3837] cuando señala que si se conviene entre las partes una cláusula penal compensatoria, garantizando el cumplimiento íntegro de una obligación o de un contrato, el acreedor no podría exigir al deudor conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la suma en que consiste la pena.

Dentro del marco legal peruano, y en lo que respecta a los efectos de la cláusula penal compensatoria, previos al incumplimiento de la obligación, sería reiterativo ahondar en ellos, en la medida en que están estrechamente ligados con las funciones de la cláusula penal, materia que oportunamente analizamos.

Sin embargo, el tema que ahora importa son los efectos de la cláusula penal con posterioridad al incumplimiento de la obligación por el deudor.

Para ello resulta necesario distinguir entre las medidas que puede adoptar el acreedor perjudicado por el incumplimiento y las que corresponden al deudor de la cláusula penal.

En lo que atañe al acreedor perjudicado, éste —ante el incumplimiento del deudor— puede exigir el pago de la prestación incumplida en especie, lo que implica la posibilidad de que se dirija hacia el cumplimiento de la prestación debida, no obstante su derecho a reclamar la cláusula penal compensatoria.

3836 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 456 y 457.

3837 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Op. cit.*, tomo I, p. 390.

Lo expresado equivale a decir que el acreedor no tendría por qué considerar necesariamente la penalidad pactada, pues puede prescindir de ella y recurrir a los medios que en general concede la legislación civil para lograr ver satisfechas sus expectativas en especie.

Pero el acreedor, como es obvio, también podría considerar inútil el cumplimiento de la prestación en especie y optar por resolver el contrato y exigir la ejecución de la penalidad compensatoria pactada.

Si el acreedor adoptara este camino, el deudor, a partir de la resolución del contrato, se encontraría impedido de cumplir con la prestación debida. En otras palabras, desde que el acreedor se decide por la penalidad, el deudor ya no podría cumplir con la prestación principal.

Cabe aclarar que dentro de la lógica de la cláusula penal, si el acreedor exigiera al deudor el cumplimiento de la prestación en especie, ello no implicaría que el deudor gozara de la facultad de no cumplir con dicha prestación, y que, en sustitución, pretendiera cumplir con la penalidad pactada.

Por otra parte, y en lo que respecta al deudor, ante su incumplimiento, si a dicho deudor nada se le hubiera exigido, deberá cumplir con la prestación debida y no con la penalidad pactada.

Ahora bien, si el deudor ya hubiese sido constituido en mora, teniendo en consideración que ella implica el requerimiento de pago de la prestación debida y no la voluntad de dar por extinguida la obligación, será claro que el deudor únicamente podría cumplir con dicha prestación y no obligar a su acreedor a aceptar la penalidad pactada.

Debemos considerar que la condición moratoria implica la posibilidad de cumplimiento de la obligación. Se entiende, como lo hemos analizado oportunamente, que mientras el acreedor mantenga a su deudor en mora, ello significa que guarda la expectativa de que todavía pueda dar cumplimiento a la prestación debida.

Siguiendo con este razonamiento, si el acreedor ya hubiese dado por extinguida la obligación principal, el deudor sólo podría cumplir con la penalidad y no con la prestación misma.

5.1.2. Si la cláusula penal fuese moratoria

Bustamante Alsina[3838] manifiesta que la cláusula penal moratoria no es subsidiaria de la prestación principal, sino que se pacta por el retardo en el cumplimiento; por consiguiente, es acumulable a ésta última. «El acreedor puede exigir ambas a la vez y el deudor no puede pagar la prestación principal sin pagar al mismo

3838 Bustamante Alsina. Jorge. *Op. cit.*, p. 180.

tiempo la cláusula penal moratoria, dada la indivisibilidad del pago y el carácter accesorio de ésta».

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[3839] expresan que cuando la pena se conviene para el caso de retardo, entonces el acreedor sí puede reclamar la prestación y la pena. Si el deudor cumple con retardo la prestación y no paga al mismo tiempo la pena moratoria estipulada, el acreedor debe tener el cuidado de hacer una reserva expresa en el sentido de que no se le ha pagado dicha pena y, por lo tanto, mantiene sus derechos para reclamarla, dejando al mismo tiempo la debida constancia de que ha hecho esta reserva, porque de lo contrario corre el riesgo de que se tenga por caduco su derecho a exigir el pago de la cláusula penal moratoria.

Siguiendo esta línea de análisis, Llambías[3840] señala que en el supuesto de la cláusula penal moratoria la finalidad de la pena es enjugar el daño moratorio soportado por el acreedor por la tardanza en la ejecución de lo debido. «Se comprende que él pueda acumular el bien representado por la prestación principal, y el valor del daño derivado de un cumplimiento tardío, apreciado convencionalmente en el importe de la pena moratoria».

Es opinión de Busso[3841], respecto a la cláusula penal moratoria, que «Si el acreedor demanda la prestación principal, y la obtiene con retardo, puede acumularla a la pena moratoria, o de lo contrario exigir la indemnización de los daños e intereses derivados del atraso del deudor».

Compartiendo este criterio, Palacio Pimentel[3842] indica que si la cláusula penal se estipuló para el caso de mora o también para garantizar un perjuicio especial que el acreedor quiso evitar, vale decir, por ejemplo una estipulación concreta —de las varias que contiene el contrato—, entonces sí podrá exigir conjuntamente la satisfacción de la pena estipulada y el cumplimiento de la obligación principal.

Por nuestra parte, recordamos que el artículo 1342 del Código Civil peruano, establece que «Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación principal».

En este sentido, la *stipulatio poenae* puede referirse a la ejecución completa de la obligación o a alguna cláusula especial o simplemente al caso de mora.

En efecto, si la cláusula penal es la determinación anticipada de los daños y perjuicios que se deriven de alguna obligación, puede recaer en las distintas modalidades dentro de las cuales tales daños y perjuicios pueden presentarse.

3839 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.*, tomo I, p. 257.

3840 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 457 y 458.

3841 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 468.

3842 Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano. Op. cit.*, tomo I, p. 390.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si la pena concierne al caso de incumplimiento, puede referirse a la obligación total o a una parte de ella, pues si en este último caso está destinada a actuar en el ánimo del deudor para que cumpla su obligación con exactitud y puntualidad, comprenderá la estipulación de mayor interés para el acreedor que la pacte; por eso, en vez del cumplimiento mismo de la obligación, puede concretarse a un perjuicio especial que el acreedor quiera preferentemente evitar. Por la misma razón, la pena puede dirigirse al caso de mora.

La pena estipulada para el caso de incumplimiento no permite al acreedor exigir conjuntamente la obligación y la pena, ya que ésta última importa la fijación anticipada de los perjuicios compensatorios, y el pago de éstos se verifica en sustitución del cumplimiento de la obligación *in natura*.

Se ha sostenido, sin embargo, que la regla no es de orden público y que se puede pactar que el acreedor está en aptitud de demandar las dos prestaciones. Esto, en nuestra opinión, no es posible, pues el acreedor tendría acceso, entonces, dos veces a la prestación: una en la forma de pena y la otra en su forma natural.

Si la pena fue estipulada para el caso de mora, desaparece todo inconveniente para que se acumule el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena.

La misma acumulación puede producirse si la pena fue estipulada en garantía de algún pacto determinado, es decir, si no se refiere a la prestación misma objeto de la obligación, sino a una cláusula especial. Podría señalarse como ejemplo de tales cláusulas la inejecución en el lugar convenido, cierto vicio de la cosa objeto de la prestación, etcétera.

Por otra parte, cabe reparar en el extremo del artículo 1342 del Código nacional, cuando establece que la cláusula penal puede establecerse «en seguridad de un pacto determinado».

Cuando la ley realiza esta precisión, resulta claro que no está aludiendo al incumplimiento total de la obligación o de las obligaciones contraídas por el deudor, así como tampoco lo está haciendo con respecto a un eventual cumplimiento tardío.

Esa expresión («en seguridad de un pacto determinado») alude al cumplimiento parcial o defectuoso de las obligaciones o de la obligación asumida por el deudor, pero no debe entenderse como referido a todos los supuestos de incumplimiento parcial o defectuoso, sino única y exclusivamente a aquellos casos en los cuales las partes hubiesen convenido de manera especial que la cláusula penal asegure una prestación en particular cuyo cumplimiento interese particularmente al acreedor.

Para ilustrar lo antes mencionado, podríamos citar el siguiente ejemplo: una cantante famosa es contratada por una empresa promotora de espectáculos para efectuar una presentación en Lima. La labor artística de esta cantante se caracteriza, entre otros aspectos, por tener un grupo coral extraordinario, cuya

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ausencia ha sido notoria en algunas presentaciones previas en otras ciudades del mundo. Precisamente, con el objeto de asegurar la presencia del referido coro, la empresa promotora de espectáculos pacta con la cantante una cláusula penal de US$ 100,000.00 que sancionen el incumplimiento de la presencia del grupo coral. Pero nótese que no se ha pactado una sanción para el incumplimiento del íntegro de las prestaciones que debe ejecutar la cantante, y podría decirse incluso que no se ha pactado una cláusula penal que sancione el incumplimiento absoluto de todas las prestaciones asumidas por ella (tema que se regiría por las normas generales de inejecución de obligaciones), sino única y exclusivamente se sanciona la eventual ausencia del coro.

Aquí, dentro de los términos del artículo 1342 del Código Civil peruano, la penalidad se ha pactado «en seguridad de un pacto determinado».

Es necesario subrayar que cuando se trata de esta modalidad de cláusulas penales, ellas tienen carácter compensatorio, pues pueden exigirse ante el incumplimiento de determinada prestación y en sustitución de esta última. Por lo demás, es evidente que ella no podría tener carácter moratorio, pues aquí no nos estamos refiriendo a la mora en el pago, sino al incumplimiento definitivo (o tal vez defectuoso) de una prestación.

Luego de lo expuesto, analizaremos algunas variantes que se pueden presentar con relación al derecho de reclamar la cláusula penal.

5.1.3. Acumulación de cláusulas penales moratorias y compensatorias

Respecto a este tema, Llambías[3843] expresa que puede ser que las partes hayan convenido dos cláusulas penales: una para el retardo, que funcionará generalmente en razón del tiempo de la demora, por ejemplo, tanto por día, por mes, etcétera; y otra, para el incumplimiento de las obligaciones. Y se pregunta si podría el acreedor acumular ambas penas, la moratoria por la tardanza en el pago hasta cierto momento, y la compensatoria por la inejecución definitiva denunciada en ese mismo momento.

Estima el citado profesor que la respuesta debe ser, en principio, afirmativa, porque la imposición de las penas moratoria y compensatoria, responde a presupuestos no excluyentes el uno del otro; la tardanza en la ejecución sólo exige, para ser imputable al deudor, que éste haya estado en la posibilidad de cumplir, lo que no queda esfumado por un incumplimiento definitivo sobreviniente. De ahí que la conducta de mero retardo en que haya incurrido el deudor hasta un cierto momento, no queda absorbida por la conducta ulterior de incumplimiento definitivo. Por tanto, es factible la acumulación de ambas penas; el incumplimiento definitivo del deudor no hace desaparecer el presupuesto de la pena moratoria.

3843 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 458.

A decir de Llambías, la conclusión precedente no es válida si el acreedor pretende hacer valer ambas penas fundado en hechos contemporáneos, pues el incumplimiento definitivo del deudor excluye su simple demora, la cual requiere —para ser tal— que medie la posibilidad de cumplir. El autor cita el siguiente ejemplo: si se conviene que un departamento en construcción será entregado en cierta fecha, pactándose una multa de US$ 10,000 por cada día de demora, y asimismo una pena de US$ 500,000 por el incumplimiento de la obligación, el comprador sólo puede pretender esta última cantidad cuando llegada la fecha prevista se encuentra con que el departamento ha sido enajenado a un tercero de buena fe. En cambio, si el incumplimiento definitivo, mediante la enajenación al tercero, se produce después de aquella fecha, el acreedor puede acumular la pena moratoria por la tardanza, hasta el momento del incumplimiento definitivo, y asimismo la pena compensatoria pactada.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci[3844] coincide con lo manifestado por Llambías, ya que considera que el acreedor puede reclamar la cláusula penal moratoria por la tardanza, hasta cierto momento, y la compensatoria por la inejecución definitiva denunciada en ese momento, siempre que invoque hechos no simultáneos. Cita, como ejemplo, si un comodatario de un automotor se obliga a pagar al comodante una multa de $ 9,000 por cada día de demora en la restitución, la que debe producirse el día 30 de enero de 1978; además se estipula la suma de $ 8'000,000 por la falta de restitución definitiva. El día 30 de marzo del mismo año, el vehículo se incendia (con o sin culpa del deudor; la solución es idéntica porque el deudor ya se encontraba en mora). El acreedor tiene derecho a exigir los $ 9,000 diarios desde el 31 de enero hasta el 30 de marzo de 1978 y además los $ 8'000,000 previstos ante la imposibilidad de restituir en especie. En cambio, si el vehículo se hubiese destruido antes del 30 de enero por causa imputable al deudor, el acreedor sólo tendría derecho a exigir la pena compensatoria, porque al vencimiento del término el cumplimiento se había tornado imposible; es decir, en ese caso no existe mora sino incumplimiento, por lo que sólo la pena compensatoria puede ser aplicada.

Nosotros compartimos lo expresado por los autores citados al entender que no existe inconveniente en que se estipule una pena convencional para el supuesto de inejecución, y otra para el supuesto de retardo; y, en tal caso, ambas penas podrían acumularse, para considerar daños y perjuicios diferentes, siempre que el sujeto activo, es decir, el acreedor, invoque hechos no contemporáneos.

5.1.4. Acumulación de la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios

Con relación a este tema, Ospina Fernández[3845] señala que fundándose en la presunción de que la cláusula penal implica la estimación anticipada de todos los

3844 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 231.

3845 Ospina Fernández, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 162-164.

perjuicios que habrán de seguirse del incumplimiento o el retardo de la obligación principal, no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

Precisa el citado profesor que la solución no podría ser distinta, ya que el acreedor también podría recibir una doble indemnización: la preestipulada en la cláusula penal y la resultante de la estimación judicial de los perjuicios; de manera que si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal —a menos que aparezca que la pena sólo se refiere a la indemnización moratoria— como tampoco al de aquélla y la indemnización compensatoria.

Resulta claro que, en opinión de Ospina Fernández, el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que ésta se deje expresamente a salvo y, por ello, dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena sólo se endereza a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución total o parcial, o por la ejecución defectuosa de esa obligación. La solución contraria, según el autor, además de no compadecerse con el régimen general del cúmulo de las indemnizaciones, se opondría a las reglas sobre la interpretación de los actos jurídicos que mandan atender principalmente a la intención de los agentes y al sentido en que las cláusulas de aquellos actos puedan producir algún efecto en vez de ninguno. Al negársele al acreedor la facultad de cobrar los US$ 100 diarios estipulados por la demora —indica el profesor citado—, más los perjuicios compensatorios sufridos, se le restaría toda eficacia a la cláusula penal.

Por último, Ospina Fernández expresa que el acreedor —pese a la estipulación penal— goza de la opción para acogerse a ésta o para prescindir de ella y exigir la indemnización de los perjuicios, lo que sucedería cuando éstos fueran mayores que el monto de la pena pactada. Esta regla, que data del Derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia. Concluye el profesor citado afirmando que como la regla en cuestión es de índole meramente supletoria, ella no puede tener aplicación cuando del acto aparezca claramente que la intención de los interesados ha sido la de limitar a la pena la responsabilidad del deudor.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3846], respecto a la cuestión de resolver si pueden acumularse la cláusula penal y la indemnización ordinaria de daños y perjuicios derivados de la misma conducta prevista en la pena, sostiene que de conformidad con el sistema de inmutabilidad que insufla su Código, la solución debe ser negativa, ya que se prohíbe al acreedor reclamar mayores daños aunque pruebe que la pena es insuficiente. La regla, indica, no es sino aplicación del principio *non bis in idem*.

Sin embargo —agrega—, el principio de la inmutabilidad no impide la acumulación de cláusula penal y daños y perjuicios, cuando la pena tuvo en consideración determinados perjuicios y se producen otros.

Asimismo, Kemelmajer refiere que, aun cuando se trate de daños derivados de la misma conducta o que hayan producido el perjuicio previsto en la cláusula penal, la acumulación de pena y daños será posible cuando medie cláusula expresa en tal sentido.

Añade la profesora argentina que en algunos supuestos se pacta la acumulación lisa y llana de la pena, y todos los daños producidos. Pero si los términos no son suficientemente claros, precisa, debe interpretarse que sólo pueden solicitarse las diferencias entre la multa y el efectivo daño.

Kemelmajer finaliza manifestando que este derecho a la acumulación debe surgir de términos claros e inequívocos, ya que «la regla general prescribe que la multa excluye la acción de daños y perjuicios del Derecho Común, salvo los casos anteriormente señalados».

Por nuestra parte, afirmamos que la acumulación de la cláusula penal y la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios derivados de la misma conducta prevista en la pena convencional, en principio, no sería posible dada la naturaleza de esta última, consistente en la determinación anticipada de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución o del cumplimiento tardío, parcial o defectuoso de la obligación principal, así como la intención de los interesados de limitar a la cláusula penal la responsabilidad del deudor.

Sin embargo, si la cláusula penal pactada tuvo en consideración determinados perjuicios y se producen en la realidad otros, siempre que ellos sean consecuencia directa e inmediata de la inejecución, consideramos que sería lógico sostener que el acreedor tiene el derecho de acumular ambas indemnizaciones, ya que el deudor deberá responder, además, por los daños y perjuicios cuya cuantía nunca fue avaluada anteladamente.

3846 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 231-234.

5.1.5. Acumulación de la cláusula penal e intereses

Antes de abordar este tema, consideramos conveniente recordar la diferencia entre los intereses moratorios y los intereses compensatorios.

En tal sentido, Kemelmajer de Carlucci[3847] anota que se denominan intereses moratorios o punitorios a aquellos intereses debidos, en concepto de indemnización, a la mora del deudor en el pago de una obligación dineraria, distinguiéndolos de los compensatorios que son aquéllos que se pagan por el uso de un capital con independencia del estado de mora del deudor.

Estas definiciones coinciden con las previstas por el artículo 1242 del Código Civil peruano, en el que expresa que 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.

La norma citada, como fue estudiado en su oportunidad, define dos especies de intereses: de un lado, los intereses compensatorios; del otro, los intereses moratorios.

El interés compensatorio tiene como propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido a favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. Sin duda en la gran mayoría de casos también tiene una finalidad lucrativa.

El interés moratorio, en cambio, es debido por el retraso doloso o culposo del deudor en el cumplimiento de la obligación. Su función es la de indemnizar la mora en el pago.

Aquí consideramos importante recoger el pensamiento de Kemelmajer[3848], quien destaca algunas de las diferencias y similitudes más relevantes entre la cláusula penal y los intereses. No obstante, cabe señalar que este tema será estudiado con mayor detenimiento más adelante, al analizar las diferencias y semejanzas entre la pena convencional y otras figuras jurídicas.

Con relación a las similitudes de la cláusula penal y los intereses, la profesora citada manifiesta acertadamente que los dos son accesorios de créditos principales, tienen origen convencional y para su exigibilidad no es menester una conducta maliciosa, bastando que sea imputable; tampoco requieren actividad jurisdiccional, sino que pueden ser aplicados extrajudicialmente. Ambos son una estimación anticipada de los daños y perjuicios, sirviendo también como medio de constreñimiento de la voluntad del deudor. El daño se presume, resultando inútil que el deudor pretenda acreditar la inexistencia de perjuicios. Sin embargo, estas semejanzas no significan identidad.

3847 *Ibidem,* p. 353.
3848 *Ibidem,* p. 354.

Por otro lado, respecto de las diferencias entre las figuras bajo estudio, Kemelmajer de Carlucci expresa que los intereses —cualquiera que sea su especie— son frutos civiles de un capital; o sea, que su importe o cuantía no es discrecional, sino que provienen de una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado. Es decir, una de las características fundamentales de la deuda por intereses, es la existencia de «proporcionalidad al capital-tiempo».

Debe además indicarse —agrega la profesora argentina— que mientras la cláusula penal puede acceder a todo tipo de obligaciones, los intereses sólo se devengan en las obligaciones que tienen por objeto cosas genéricamente designadas.

Siguiendo esta línea argumentativa, estima útil recordar que hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o 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 y a lo que haya durado la privación de su uso.

De lo previamente expuesto podemos deducir que es notable la diferencia conceptual entre la cláusula penal y los intereses, no obstante lo cual, en determinadas circunstancias, cumplen funciones análogas.

Sin embargo, la riqueza de esta materia no se encuentra al analizar los intereses de manera conjunta, sino separando a los moratorios y a los compensatorios, más allá de que ambos cumplen funciones sustancialmente distintas; ello es indispensable debido a que las cláusulas penales también tienen, necesariamente, carácter moratorio o compensatorio.

5.1.5.1. Acumulación de la cláusula penal e intereses moratorios

Busso[3849] señala que la acumulación de intereses está prohibida cuando configura un caso de anatocismo. «Fuera de esa situación está permitido estipular un interés punitorio que en caso de mora se acumule al ordinario, pero esa acumulación tiene sus límites».

Recuerda Busso que en un fallo se recoge que ella no podría exceder el margen de lo que en esta clase de obligaciones puede considerarse una ganancia lícita, o del perjuicio reparable, para convertirse en un enriquecimiento ilícito. En otros pronunciamientos se dice que la acumulación no es admisible cuando excede de lo razonable o resulta contraria a la moral.

Por su parte, Kemelmajer[3850], al estudiar este tema, hace una distinción entre la acumulación de la cláusula penal e intereses moratorios no convenidos y la

3849 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 473.

3850 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 234-236.

acumulación de la pena convencional e intereses moratorios pactados entre las partes o punitorios.

Respecto al primer supuesto, la profesora citada refiere que el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos; si no hubiese intereses pactados debe los legales, y si no se hubiere fijado un interés legal, el que los jueces determinen.

En este sentido se pregunta, ¿si se ha pactado una cláusula penal se deben los intereses legales o en su caso los judiciales? Es cierto que entre la cláusula penal y los intereses moratorios median diferencias conceptuales muy significativas; pero también lo es que ambos indemnizan al acreedor por el mismo hecho, es decir, si la principal devenga intereses y además hay pactada una cláusula penal, de hecho es que el acreedor recibirá una indemnización superior a la pactada: reclama la indemnización pactada y además la que deriva del Derecho Común.

La autora concluye manifestando que coincide con la tendencia jurisprudencial que veda la acumulación de ambos rubros, en razón de que significaría doble sanción por el mismo hecho.

Con relación al segundo supuesto, expresa que nadie duda sobre las importantes diferencias conceptuales que median entre intereses punitorios y cláusulas penales; sin embargo, un gran sector doctrinal señala que los intereses moratorios pactados reemplazan normalmente a la cláusula penal, porque en el fondo ambos tienen funciones análogas (coercitiva e indemnizatoria).

Precisa Kemelmajer de Carlucci que los intereses punitorios juegan a la manera de una cláusula penal en cuanto prefijan los daños y perjuicios compeliendo al deudor al cumplimiento. Sin embargo, indica, nada obsta a que las partes pacten una cláusula penal y además intereses moratorios. Concluye manifestando que «En este caso deberán acumularse, pero normalmente ocurrirá que ambas sanciones serán exorbitantes».

Por nuestra parte recordamos que el artículo 1246 del Código Civil peruano —norma estudiada oportunamente— prescribe que «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».

El precepto alude al interés que el deudor se encuentra obligado a pagar por causa de mora en caso de que no se haya convenido un interés moratorio, es decir, al resarcimiento por el retraso. En tal supuesto, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado que, se entiende, continuará devengándose después del día de la mora con la calidad de interés moratorio. Si no hubiese interés compensatorio pactado, el deudor pagará el interés legal.

Ahora bien, si se ha estipulado entre las partes una cláusula penal y no se ha convenido intereses moratorios, cabría formularnos la siguiente interrogante: ¿el deudor moroso debe adicionalmente el interés compensatorio, si se hubiese pactado, o en su defecto el interés legal?

En el supuesto de que no se hubiese estipulado un interés compensatorio, entendemos que el deudor moroso deberá pagar por causa de mora el interés legal o la cláusula penal convenida. Compartimos el argumento de Kemelmajer, quien en este sentido señala que la acumulación supondría una doble sanción para el deudor por el mismo hecho, ya que el acreedor reclamará la indemnización pactada y los intereses que devenga la obligación principal.

Por otro lado, en caso de que las partes pacten una cláusula penal e intereses moratorios, conviene precisar que no encontramos obstáculo para la acumulación de ambos conceptos, no obstante que los intereses moratorios convenidos usualmente reemplazan a la cláusula penal, en cuanto prefijan los daños y perjuicios.

Sin embargo —coincidiendo con el pensamiento de Kemelmajer de Carlucci—, estimamos que la suma por ambos conceptos no deberá exceder la tasa máxima del interés convencional moratorio fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, norma contemplada por el artículo 1243 del Código Civil peruano, que busca corregir los excesos y reprimir los abusos de la usura.

5.1.5.2. Pena e intereses compensatorios

Respecto de este tema, Kemelmajer de Carlucci[3851] indica que no existe ningún obstáculo en acumular la cláusula penal a los intereses lucrativos o compensatorios, pues ambos cumplen funciones absolutamente diversas. Los intereses retributivos constituyen exclusivamente el precio del uso del capital ajeno y, por lo tanto, ninguna vinculación tienen con los daños y perjuicios. Por eso es perfectamente posible reclamar ambos rubros.

Por nuestra parte, tampoco encontramos inconveniente alguno para acumular la cláusula penal a los intereses compensatorios pactados, ya que ambas figuras cumplen finalidades distintas.

Los intereses compensatorios constituyen la contraprestación por el uso del dinero y tienen como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido a favor de una parte. Por consiguiente, no tienen vinculación con la función que desempeña la pena convencional: la reparación de los daños y perjuicios anticipadamente tasados.

5.1.6. Acumulación de la cláusula penal y las «astreintes»

No obstante que las astreintes no han sido reguladas por nuestra legislación civil ni aplicadas nunca en el Perú, consideramos importante abordar el tema pues,

3851 *Ibidem.*, p. 236.

coincidiendo con el pensamiento de Block Castilla[3852], su incorporación a nuestra normativa podría constituir una futura tarea para el Derecho peruano, dada su especial naturaleza como medio compulsivo eficaz destinado al cumplimiento específico de obligaciones de hacer personalísimas, de no hacer de carácter sucesivo y de dar de naturaleza no fungible.

Antes de ingresar al tema bajo estudio, creemos necesario formular una breve referencia sobre el concepto, finalidad, características y principales diferencias entre las astreintes, la indemnización de daños y perjuicios, y la pena privada, nociones destacadas por diversos tratadistas[3853] que han estudiado la materia. Sin embargo, advertimos al lector que formularemos explicación más detallada al analizar las diferencias y semejanzas entre la cláusula penal y otras figuras jurídicas, entre ellas las astreintes.

El origen de las astreintes se remonta a comienzos del siglo XIX, habiéndose creado y desarrollado por la jurisprudencia francesa.

En cuanto al concepto de las astreintes, como señala la doctrina, son condenas pecuniarias dictadas por el juez, a razón de tanto por día u otro lapso, con la finalidad de que el deudor contumaz cumpla con la obligación a la que ha sido condenado en la sentencia.

Su objetivo es doble: tiende, por un lado, a que el deudor cumpla con ejecutar la obligación tal como fue contraída, evitando el cumplimiento por el equivalente; por el otro, a que acate la resolución judicial que dispone el cumplimiento.

Las astreintes no son una reparación del perjuicio por el incumplimiento o cumplimiento tardío; son un medio de coacción destinado al cumplimiento específico. Su efecto es más coercitivo que reparatorio, más intimidatorio que punitivo.

Su objetivo está encaminado a presionar la voluntad del deudor para obtener el cumplimiento de la obligación emanada de una decisión judicial que así lo ha ordenado.

Cabe indicar, asimismo, que las astreintes no tienen nada en común con la indemnización de daños y perjuicios y la pena privada; los daños y perjuicios, como sabemos, tienen por objetivo reparar el daño, efectivamente sufrido, midiendo su valor y procurando su reparación en cuanto sea justa.

3852 BLOCK CASTILLA, Carlos G. *Las astreintes o intereses de demora: ¿por qué deben ser incorporadas a nuestra legislación?* Tesis de Bachiller. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1977, pp. 125 y 126.

3853 En este sentido podemos citar a los siguientes autores consultados: Messineo (MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 343 y 344), Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo I, pp. 100-107), Llambías (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 93-116), Ameal (AMEAL, Oscar. «Astreintes e indemnización» En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 319-328) y Henri, Léon y Jean Mazeaud (MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Op. cit.*, pp. 209-234), entre otros.

Respecto de la pena privada, las astreintes se diferencian de ésta porque no están destinadas a ser cumplidas efectivamente en la forma en que son decretadas, aun cuando en definitiva no se cumpla la obligación. En cambio, la pena se impone irrevocablemente por la comisión del hecho sancionado. También conviene agregar que las astreintes miran al futuro y tratan de prevenir una conducta indebida, no practicada. Por su parte, las penas miran al pasado y reaccionan contra una conducta censurable que ya ha sido obrada. Finalmente, se puede señalar que, a diferencia de las penas privadas, la institución en estudio constituye una amenaza de sanción, teniendo un efecto intimidatorio ya que si el deudor cumple inmediatamente, ésta no llegará a utilizarse.

Conviene agregar que las astreintes tienen como características el ser arbitrarias, ya que son fijadas por el libre arbitrio del juez; ser provisorias, pues están sujetas a modificaciones; ser conminatorias, porque su finalidad es constreñir al deudor.

La figura bajo análisis es aplicada tanto en las obligaciones de dar, como en las de hacer y de no hacer, siendo indiferente que la obligación tenga origen contractual o extracontractual.

Por otra parte, es necesario precisar que en el Derecho comparado existen condenas pecuniarias que tienen la misma finalidad que las astreintes —el cumplimiento específico de una obligación reconocida— que, sin ser idénticas, tienen afinidades y semejanzas.

En el caso de las astreintes es necesario referirnos a la República Argentina —por tratarse de una realidad más cercana a la nuestra—, pues la institución se encuentra legislada por el ordenamiento jurídico de ese país y, en tal virtud, incorporada en su Código Civil *(y, también, en el hoy vigente Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 804, cuerpo normativo cuyo estudio temporal no ha sido objeto de referencia en el presente tratado, por haber sido promulgado en octubre del 2014 y entrado en vigencia en agosto del 2015, con posterioridad al fallecimiento del profesor Felipe Osterling Parodi, que acaeció el 30 de agosto de 2014).* Por ello, al analizar la posibilidad de acumulación de la pena convencional y las astreintes recogemos, principalmente, los argumentos de los tratadistas argentinos consultados que se pronuncian sobre la materia[3854].

Como lo indicamos al iniciar el tema, creemos que la posibilidad de acumular la cláusula penal y las astreintes es de especial interés teórico. Como ya lo expresamos, las astreintes constituyen un medio ideal que suple las deficiencias del Derecho en cuanto al cumplimiento específico, pudiéndose considerar la posibilidad de incorporarlas tanto en nuestra normativa sustantiva como adjetiva.

3854 El texto en cursiva corresponde a la tercera edición.

A modo de conclusión, cabe establecer, compartiendo el pensamiento de Block Castilla[3855], que su incorporación podría darse considerando aspectos importantes que no han sido suficientemente determinados en los países que las acogen, tales como su ejecutabilidad, naturaleza jurídica, carácter facultativo y campo de aplicación.

Ahora bien, luego de lo expuesto abordaremos el tema relacionado con la posibilidad teórica de acumular la pena convencional y las astreintes.

Para tal efecto, resulta preciso formularnos la siguiente interrogante: ¿puede el juez condenar a astreintes (obviamente dentro de los regímenes jurídicos que las contemplan) cuando las partes han pactado una cláusula penal? De responderse afirmativamente esta pregunta, ¿podríamos sostener que son acumulables la cláusula penal y las astreintes?

En este sentido, Mazeaud y Tunc[3856] responden afirmativamente a la primera pregunta. Consideran que la estipulación de una cláusula penal no obsta a que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la principal en especie, sancionando su incumplimiento mediante la aplicación de astreintes.

Afirman los citados autores que la cláusula penal no limita el poder del juez de condenar a una astreinte. En verdad, mediante esta cláusula las partes han querido fijar por anticipado, de manera definitiva, la suma de dinero debida en el caso de incumplimiento o de mora en el cumplimiento. Sin embargo, el acreedor puede reclamar siempre, en lugar de la pena estipulada, el cumplimiento. Éste puede ser ordenado con pena de astreintes. Así, dondequiera que la coacción sobre los bienes pueda asegurar eficazmente la condena, la astreinte se emplea justificadamente.

En cambio, Demogue[3857] responde de manera negativa a la primera interrogante cuando manifiesta que el acreedor tiene siempre el derecho a reclamar el cumplimiento de la principal, pero carece de la facultad de solicitar la aplicación de astreintes en razón de que los daños y perjuicios fueron previamente estipulados mediante la cláusula penal.

Cabe mencionar que una antigua resolución de la Corte de Apelaciones de París[3858] parece adherirse al criterio del famoso profesor francés, pues señala:

> [...] cuando un contrato de trabajo contiene interdicción para el empleado de ocupar, después de la terminación de sus servicios, un empleo similar en determinada región y durante un plazo limitado y esta interdicción se sanciona con una cláusula penal, el empleador tiene derecho, en caso de violación de la promesa, a la indemnización prevista en la cláusula penal. Pero esta indemnización no puede acumularse con la ejecución efectiva de

3855 Block Castilla, Carlos G. *Op. cit.*, p. 126.
3856 Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo III, volumen I, p. 507.
3857 Demogue, René. *Traité des Obligations en général. Op. cit.*, p. 470.
3858 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 237 y 238.

la obligación, ni tiene derecho el empleador a que se condene al empleado a abandonar su nuevo destino bajo pena de astreintes.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3859] se adhiere a la opinión afirmativa de los Mazeaud al indicar que no existe una total identificación entre astreintes y daños y perjuicios, de la misma manera que ésta no se produce entre astreintes y cláusula penal. En consecuencia, no encuentra obstáculo para que el acreedor reclame el cumplimiento de la obligación principal con la sanción de astreintes, aun cuando se hubiese pactado una cláusula penal. En este sentido, expresa la profesora argentina que el hecho de que «la obligación principal esté asegurada mediante una cláusula penal no significa un impedimento para la aplicación de astreintes».

Ahora bien, cabe preguntarnos —naturalmente dentro del plano teórico, pues las astreintes no existen en el Derecho peruano— si el hecho de que el juez pueda condenar a astreintes, no obstante la existencia de una cláusula penal, supondría que el acreedor puede acumular ambas pretensiones.

Para dar respuesta a la interrogante planteada es necesario analizar, en primer término, el debate doctrinario en torno de la procedencia o no de acumular astreintes y daños y perjuicios.

En este sentido, Rocca y Griffi[3860], argumentando la inviabilidad de la acumulación de las astreintes a la indemnización, expresan que este problema implica un círculo vicioso sin salida, porque si los daños y perjuicios sufridos deben descontarse de lo que se pagó en razón de astreintes, éstas habrían perdido su función compulsoria; y si se manda pagar el total habría una superposición de cobros a favor del acreedor, porque se le pagaría dos veces por el mismo daño, entrando a jugar los principios del enriquecimiento sin causa.

Con idéntica orientación, Rezzónico[3861] reconoce al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal, además de las astreintes, lo que no libera al condenado de resarcir el daño suplementario que haya ocasionado el deudor por el incumplimiento de la sentencia. Vale decir que el daño que queda comprendido por el monto de las astreintes no admite reparación.

Borda[3862], por su parte, se adhiere a la misma opinión, sosteniendo que las astreintes «[...] no son aplicables si la indemnización de daños satisface plenamente el interés del acreedor», con lo que le otorga a la institución un alcance distinto de su naturaleza, pues la identifica con el daño, en lugar de reconocerla como un instrumento procesal destinado a asegurar la ejecución de los mandatos judiciales.

3859 *Ibidem,* pp. 238 y 239.

3860 Rocca, Ival y Omar Griffi. *Astreintes*. 2.ª edición. Buenos Aires: Grial, 1970, p. 275.

3861 Rezzónico, Luis María. *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil. Op. cit.*, 9.ª edición, p. 277.

3862 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 50.

Aquí conviene recoger las expresiones de Ameal[3863], quien manifiesta que los autores que participan del criterio de no acumulabilidad distinguen:

(a) Si la cuantía del daño es superior al monto de las astreintes, el acreedor puede reclamar únicamente el total de la indemnización, en el cual estaría comprendido o subsumido lo liquidado en concepto de astreintes.

(b) En cambio, si el monto de las astreintes es mayor que el daño, el acreedor podrá reclamar el total de aquéllas, pero no la cuantía de la indemnización, ya que la percepción de la condena conminatoria agota el derecho del damnificado que no puede ser doblemente indemnizado.

(c) El fundamento doctrinal de la no acumulación radica en el principio de la *compensatio damni cum lucro* o compensación de beneficios, que orienta al juez para que en el momento de valuar el daño compute las circunstancias favorables y desfavorables originadas por el incumplimiento.

Sin embargo, el profesor citado critica la tesis de la no acumulación, cuando afirma que las astreintes no indemnizan daños, sino que cumplen un rol instrumental enderezado a preservar el cumplimiento de los mandatos judiciales.

Por tal razón —agrega Ameal— no puede hallarse en el tema sujeto a estudio, para impedir la acumulación, razón suficiente que sostenga la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, ya que el acreedor puede percibir perfectamente el monto de los daños y perjuicios que le produjo el incumplimiento del deudor (reunidos que sean los presupuestos del responder civil) y el monto que le correspondiere en virtud de la aplicación de las astreintes; este último como beneficiario de ellas.

Por lo tanto —señala— existe suficiente causa en ambos supuestos, ya que no derivan del mismo hecho: las astreintes se perciben por el incumplimiento de la resolución judicial, mientras que la indemnización corresponde por el incumplimiento obligacional obrado. No puede, entonces, operar compensación del daño con el lucro mencionado *ut supra*.

López Cabana[3864], por su parte, también se inclina por la acumulación y anota que no es necesario para la imposición de las astreintes que opere un factor de atribución fundante de responsabilidad, mientras que ello —sea objetivo o subjetivo— es imprescindible cuando se trata de establecer la procedencia de la indemnización. Este distingo permite justificar la acumulación de los montos que resulten de la funcionalidad de dichas instituciones.

Compartiendo la misma línea argumentativa, Ricardo Reimundín —citado por López Cabana— reconoce que «las astreintes tienen carácter autónomo frente a las normas relativas a daños y perjuicios y su imposición es independiente de la indemnización».

3863 Ameal, Oscar. *Op. cit.*, pp. 326 y 327.

3864 López Cabana, Roberto. *Op. cit.*, pp. 147 y ss.

Los Mazeaud y Tunc[3865], propugnando la no acumulación, sostienen:

> [...] el acreedor debe elegir; por ello, no puede acumular la condena en especie, con las astreintes y con la pena. Las razones son las siguientes: las astreintes tienden al cumplimiento en especie; es decir que mediante ellas se está logrando el cumplimiento de la obligación principal; si la pena es compensatoria y se acumulara a las astreintes, se violaría el precepto que niega expresamente el derecho a acumular prestación principal y pena, salvo pacto expreso en contrario. Si la cláusula penal fuera moratoria, tampoco tal acumulación sería factible, porque supondría una doble sanción.

En esta línea de pensamiento, Llambías[3866] expresa que si las astreintes han superado el monto de los perjuicios, nada debe restituir el acreedor, porque la causa del mayor valor incorporado a su patrimonio está en la inconducta procesal de la otra parte; pero entonces no podrá iniciar ningún reclamo por los daños y perjuicios (convenidos o no mediante cláusulas penales), porque sería pretender doble sanción; en cambio, si las astreintes han sido insuficientes, será viable la reclamación del daño no cubierto por la sanción procesal, pero entonces la cláusula penal habrá dejado de funcionar y será menester acudir al régimen de indemnización del Derecho común. Las soluciones expuestas de no acumulación derivan de un principio fundamental que domina la teoría de los daños y perjuicios, según el cual le está impedido al damnificado lucrar a expensas del responsable. De ahí que en la computación del daño haya que deducir el provecho obtenido por el damnificado a causa del mismo hecho que lo lesiona, y que hace nacer la obligación de reparar a cargo del responsable. Si no se practicara esa compensación de lucros y daños el damnificado se enriquecería sin causa a costa del responsable, desde que éste haría ingresar en el patrimonio de aquél una suma superior al detrimento sufrido por ese mismo patrimonio: el exceso sería un enriquecimiento sin causa.

Kemelmajer de Carlucci[3867], adoptando los mismos conceptos, afirma que «la estipulación de una pena no coarta el derecho a reclamar el cumplimiento específico y la aplicación de astreintes, pero en ese caso el acreedor no puede reclamar la pena (sea moratoria o compensatoria)».

En nuestra opinión, si la cláusula penal es la estimación anticipada por las partes de los daños y perjuicios futuros, no encontramos inconvenientes para que proceda la acumulación del monto de la cláusula penal y el resultante de la aplicación de las astreintes, por cuanto ambas se originan en el funcionamiento de instituciones distintas, con entidad propia e independiente, ya que las astreintes se perciben por el incumplimiento de la resolución judicial, mientras que la cláusula penal corresponde al incumplimiento obligacional del deudor.

3865 Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, André. *Op. cit.*, tomo III, volumen II, 1977, p. 2637.
3866 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, pp. 108 y 109.
3867 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 240.

A modo de conclusión, cabe establecer, compartiendo el pensamiento de Block Castilla[3855], que su incorporación podría darse considerando aspectos importantes que no han sido suficientemente determinados en los países que las acogen, tales como su ejecutabilidad, naturaleza jurídica, carácter facultativo y campo de aplicación.

Ahora bien, luego de lo expuesto abordaremos el tema relacionado con la posibilidad teórica de acumular la pena convencional y las astreintes.

Para tal efecto, resulta preciso formularnos la siguiente interrogante: ¿puede el juez condenar a astreintes (obviamente dentro de los regímenes jurídicos que las contemplan) cuando las partes han pactado una cláusula penal? De responderse afirmativamente esta pregunta, ¿podríamos sostener que son acumulables la cláusula penal y las astreintes?

En este sentido, Mazeaud y Tunc[3856] responden afirmativamente a la primera pregunta. Consideran que la estipulación de una cláusula penal no obsta a que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la principal en especie, sancionando su incumplimiento mediante la aplicación de astreintes.

Afirman los citados autores que la cláusula penal no limita el poder del juez de condenar a una astreinte. En verdad, mediante esta cláusula las partes han querido fijar por anticipado, de manera definitiva, la suma de dinero debida en el caso de incumplimiento o de mora en el cumplimiento. Sin embargo, el acreedor puede reclamar siempre, en lugar de la pena estipulada, el cumplimiento. Éste puede ser ordenado con pena de astreintes. Así, dondequiera que la coacción sobre los bienes pueda asegurar eficazmente la condena, la astreinte se emplea justificadamente.

En cambio, Demogue[3857] responde de manera negativa a la primera interrogante cuando manifiesta que el acreedor tiene siempre el derecho a reclamar el cumplimiento de la principal, pero carece de la facultad de solicitar la aplicación de astreintes en razón de que los daños y perjuicios fueron previamente estipulados mediante la cláusula penal.

Cabe mencionar que una antigua resolución de la Corte de Apelaciones de París[3858] parece adherirse al criterio del famoso profesor francés, pues señala:

> [...] cuando un contrato de trabajo contiene interdicción para el empleado de ocupar, después de la terminación de sus servicios, un empleo similar en determinada región y durante un plazo limitado y esta interdicción se sanciona con una cláusula penal, el empleador tiene derecho, en caso de violación de la promesa, a la indemnización prevista en la cláusula penal. Pero esta indemnización no puede acumularse con la ejecución efectiva de

3855 Block Castilla, Carlos G. *Op. cit.*, p. 126.

3856 Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Op. cit.*, tomo III, volumen I, p. 507.

3857 Demogue, René. *Traité des Obligations en général. Op. cit.*, p. 470.

3858 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 237 y 238.

la obligación, ni tiene derecho el empleador a que se condene al empleado a abandonar su nuevo destino bajo pena de astreintes.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3859] se adhiere a la opinión afirmativa de los Mazeaud al indicar que no existe una total identificación entre astreintes y daños y perjuicios, de la misma manera que ésta no se produce entre astreintes y cláusula penal. En consecuencia, no encuentra obstáculo para que el acreedor reclame el cumplimiento de la obligación principal con la sanción de astreintes, aun cuando se hubiese pactado una cláusula penal. En este sentido, expresa la profesora argentina que el hecho de que «la obligación principal esté asegurada mediante una cláusula penal no significa un impedimento para la aplicación de astreintes».

Ahora bien, cabe preguntarnos —naturalmente dentro del plano teórico, pues las astreintes no existen en el Derecho peruano— si el hecho de que el juez pueda condenar a astreintes, no obstante la existencia de una cláusula penal, supondría que el acreedor puede acumular ambas pretensiones.

Para dar respuesta a la interrogante planteada es necesario analizar, en primer término, el debate doctrinario en torno de la procedencia o no de acumular astreintes y daños y perjuicios.

En este sentido, Rocca y Griffi[3860], argumentando la inviabilidad de la acumulación de las astreintes a la indemnización, expresan que este problema implica un círculo vicioso sin salida, porque si los daños y perjuicios sufridos deben descontarse de lo que se pagó en razón de astreintes, éstas habrían perdido su función compulsoria; y si se manda pagar el total habría una superposición de cobros a favor del acreedor, porque se le pagaría dos veces por el mismo daño, entrando a jugar los principios del enriquecimiento sin causa.

Con idéntica orientación, Rezzónico[3861] reconoce al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación principal, además de las astreintes, lo que no libera al condenado de resarcir el daño suplementario que haya ocasionado el deudor por el incumplimiento de la sentencia. Vale decir que el daño que queda comprendido por el monto de las astreintes no admite reparación.

Borda[3862], por su parte, se adhiere a la misma opinión, sosteniendo que las astreintes «[...] no son aplicables si la indemnización de daños satisface plenamente el interés del acreedor», con lo que le otorga a la institución un alcance distinto de su naturaleza, pues la identifica con el daño, en lugar de reconocerla como un instrumento procesal destinado a asegurar la ejecución de los mandatos judiciales.

3859 *Ibidem*, pp. 238 y 239.

3860 Rocca, Ival y Omar Griffi. *Astreintes*. 2.ª edición. Buenos Aires: Grial, 1970, p. 275.

3861 Rezzónico, Luis María. *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil. Op. cit.*, 9.ª edición, p. 277.

3862 Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 50.

Las astreintes son una especie de multa o sanción cuyo pago es ordenado por los tribunales de justicia a los deudores que no cumplen. Las astreintes no constituyen una indemnización. No tienen como función la de resarcir los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. Sólo se trata de una multa o sanción de peculiares características, considerando que no deben pagarse al Estado sino al acreedor perjudicado.

Es este hecho el que podría conducir a pensar que las astreintes tienen función indemnizatoria; pero, a nuestro juicio, el tema debe ser apreciado desde una perspectiva radicalmente distinta.

Las astreintes deben ser vistas como la sanción que impone el Estado, a través del Poder Judicial, contra los deudores que no ejecutan sus obligaciones.

Dentro de tal orden de ideas, el Estado es quien sanciona el incumplimiento de las obligaciones de los deudores; por ello, es evidente que las astreintes son una especie de castigo y que, sin lugar a dudas, tienen una función disuasiva, pero también sancionatoria.

El Estado aplica las astreintes porque considera que es una forma de prevenir el incumplimiento y hacer que los deudores, en general, conozcan que frente al Estado el incumplimiento no queda impune.

De lo que acabamos de exponer queda en evidencia que existen notables similitudes entre las cláusulas penales y las astreintes. Sin embargo, a pesar de que las astreintes cumplen algunas de las funciones que también son propias de las cláusulas penales, queda claro que no asumen todas ellas, lo que determina que concluyamos afirmando que se trata de dos figuras de naturaleza jurídica diferente.

5.1.7. ¿La cláusula penal devenga intereses?

Kemelmajer de Carlucci[3868], al analizar el tema, propone una solución, según sea el caso de penas compensatorias o moratorias. Con relación a estas últimas, hace el distingo respecto de las que acceden o no a obligaciones dinerarias.

Con referencia al caso de la cláusula penal compensatoria, manifiesta que «Si la cláusula penal es compensatoria, no abriga ninguna duda sobre la procedencia de los intereses sobre la suma adeudada».

Contrario a esta posición, Salvat[3869] sostiene que «Ella viola el principio de inmutabilidad de la pena, porque en definitiva el acreedor estaría percibiendo más de la indemnización tarifada».

A tal argumento, Kemelmajer de Carlucci responde que los intereses moratorios no resarcen en este caso el incumplimiento de la obligación principal (que es lo que la cláusula prevé), sino la demora en el pago de la penalidad.

3868 *Ibidem,* pp. 240-245.

3869 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.,* tomo I, p. 215.

Añade que producido el incumplimiento, la pena adquiere cierta vida independiente. El deudor es, como ella lo denomina en sentido figurado, *incumplidor* por «partida doble»: al incumplir la principal debe la pena (si el acreedor optó por ésta); pero, además, debe los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la pena, que están representados por los intereses que la suma pactada ha devengado. Es decir, los intereses no resarcen el incumplimiento de la principal sino el cumplimiento tardío de la cláusula penal. La solución contraria supone permitir al deudor incumpliente el congelamiento de su deuda mediante un acto contrario a Derecho. Ningún interés, afirma, tendrá en cumplir el deudor, porque de cualquier manera nada deberá más allá de la cláusula penal.

Kemelmajer insiste en que incumplida la cláusula penal y estando en mora el deudor en su obligación de pagarla, éste asume todos los riesgos de la contratación, debiendo indemnizar al acreedor por la demora en el pago de la accesoria (ya sea que el acreedor haya optado por ella o la haya acumulado a la principal por previsión contractual). Por ello, concluye señalando que «Procede disponer el pago de los intereses desde la interposición de la demanda sobre la suma que se fijó como pena por violación del contrato».

Nosotros coincidimos plenamente con el parecer expuesto.

Por otro lado, respecto a las penas moratorias, Kemelmajer afirma que ellas provocan algunas dudas. Si tales penas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero, deben regir los mismos principios expuestos en el punto anterior. Ningún inconveniente existe en que éstas devenguen intereses.

Para mayor claridad de lo argumentado, la profesora citada recoge el siguiente ejemplo: la vendedora se ha obligado a entregar la cosa enajenada en el término de 30 días, bajo apercibimiento de que si no lo hace pagará una pena de $ 100 diarios por cada día de demora. «No existen razones ni legales ni morales —señala— para eximir al vendedor incumpliente de los intereses correspondientes a los $ 100 diarios».

A modo de conclusión, expresa que la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe redituar intereses por todo el tiempo que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar oportunamente.

Por otra parte, con relación a las penas moratorias que acceden a obligaciones dinerarias, Kemelmajer de Carlucci manifiesta que la cuestión resulta un poco más dudosa. Dentro de tal orden de ideas, propone el siguiente ejemplo: la compradora se obliga a pagar el precio de $ 1,000 y para el supuesto del cumplimiento tardío, se estipula una pena de $ 10 diarios. En este caso, «Sustancialmente todo interés que devenguen los $ 10 significan un interés sobre un interés (por cuanto en esencia esos $ 10 no representan sino el 1 % de interés diario); de este modo se produciría el anatocismo vedado por el Código Civil».

En esta línea de pensamiento, la jurista argentina indica que el devengamiento de intereses sobre intereses está vedado, salvo pacto en contrario posterior o existencia de liquidación judicial aprobada. En consecuencia, añade,

ESTUDIO MANUEL CASTILLO FREYRE

«admitir el anatocismo por esta vía, supondrá en definitiva permitir que viole la ley impunemente».

Gatica Pacheco[3870], argumentando con criterio distinto, postula el devengamiento de intereses cualquiera que sea la obligación a la cual accede la pena. En este sentido sostiene que «El contratante que incurre en la sanción de la cláusula penal pactada debe también los intereses de ésta desde que fue puesto en mora mediante la interpelación extrajudicial».

Retomando los conceptos de Kemelmajer de Carlucci, si el acreedor reclama sólo la cláusula penal moratoria (por ejemplo, porque el deudor cumplió con la principal, habiéndose hecho oportuna reserva de reclamar la cláusula penal), es viable la pretensión de cobrar intereses sobre la cláusula, en función de que se ha capitalizado, siendo ella el monto reclamado. Se nos podrá atacar de formalistas, porque otorgamos o no el derecho a los intereses basándonos en un hecho contingente, cual es que la pena se reclame o no juntamente con el capital. Sin embargo, estimamos que tal crítica sería injusta, porque la prohibición se funda más que en el derecho a reprimir la usura, en evitar la sorpresa o la extorsión. Por eso, una vez que la cláusula penal se ha capitalizado, pareciera que de ninguna manera el deudor podrá sostener que ha sido extorsionado o sorprendido.

Por nuestra parte coincidimos con Kemelmajer de Carlucci, cuando sostiene que si la cláusula penal es compensatoria no encuentra inconveniente para que la suma adeudada devengue intereses.

Este argumento encuentra su base en el hecho de que si el deudor incumple la obligación principal, entonces debe la cláusula penal pactada, si el acreedor optó por ella. Además, si el deudor incumple el pago de la pena, debe los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento, y éstos están representados por los intereses que la suma convenida ha devengado. La solución contraria acarrearía como consecuencia la falta de interés del deudor en cumplir, ya que de cualquier manera nada debería más allá de la cláusula penal.

Respecto al caso de las cláusulas penales moratorias, entendemos que si ellas acceden a obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero —compartiendo el argumento de Kemelmajer—, no existe obstáculo para que la suma reclamada devengue intereses, pues en este caso la cláusula penal opera a la manera de un capital impago que debe redituar intereses por todo el tiempo en que el deudor contraría la palabra empeñada de pagar a tiempo.

Por otro lado, si las penas moratorias acceden a obligaciones dinerarias, consideramos que está vedado que éstas devenguen intereses, ya que ello significaría la acumulación de intereses sobre intereses.

La solución opuesta nos acercaría peligrosamente al fraude a la ley, permitiendo, por vía indirecta, violar el precepto contenido en el artículo 1249 del Código

3870 Gatica Pacheco, Sergio. *Op. cit.*, p. 242.

Civil peruano, que establece que «No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares». La norma —como señalamos al estudiarla en su momento— tiene como propósito evitar los actos de usura por parte del acreedor.

Asimismo, precisa recordar que la ley también admite la capitalización de intereses por convenio escrito después de contraída la obligación. En tal orden de ideas, el artículo 1250 del Código Civil prescribe 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».

Es ésta una facilidad que se acuerda a favor del deudor que no cuente en el momento debido con los recursos necesarios para efectuar el pago. La norma dispone, sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que el convenio sólo puede celebrarse después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El precepto se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse.

Por lo expuesto, consideramos factible que las penas moratorias devenguen intereses cuando acceden a obligaciones dinerarias, siempre que medie un convenio escrito entre las partes luego de contraída la obligación penal y que exista no menos de un año de atraso en el pago de ésta.

5.1.8. Cláusula penal y depreciación monetaria

Antes de analizar este tema, es preciso recordar algunos conceptos fundamentales relativos a las normas que rigen en nuestro país respecto al cumplimiento de obligaciones que deben ser pagadas en moneda nacional.

Como oportunamente se estudió, la regla general sobre esta materia está prevista por el artículo 1234 del Código Civil, precepto que consagra el nominalismo, al establecer que el pago de una deuda contraída en moneda nacional no podrá exigirse en moneda distinta ni en cantidad diferente del monto nominal originalmente pactado.

El legislador peruano (y lo hace desde la promulgación del Código Civil de 1936) ha optado por el nominalismo, lo que determina que el pago de una obligación dineraria en moneda nacional no se afecte en cuanto a la cantidad debida por las fluctuaciones de su valor.

Esto también significa que mientras no nos encontremos dentro de alguno de los supuestos de excepción previstos por los artículos 1235 y 1236 del propio Código Civil, no podremos hablar de un eventual reajuste de valor de una deuda por más importante que hubiese sido la variación de su valor o por más injusto que aparentase ser el cumplimiento en la moneda y cantidad pactadas.

Por otra parte, y dentro del ámbito de la libertad contractual, el Código Civil prevé en el citado artículo 1235 el pacto de las denominadas cláusulas valoristas, en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el entendido de que los contratantes deseen proteger el valor de la prestación asumida, refugiándose en cláusulas que adopten como referencia el valor de algunas otras monedas, mercancías, metales preciosos, Índice de Precios al Consumidor (IPC) o Índice de Precios al por Mayor (IPM) publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), Índices de Reajuste Automático (IRA) que fija el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), o cualquier otra cláusula destinada a mantener el valor constante de la prestación.

Para que se apliquen las cláusulas valoristas, éstas deben haberse pactado con antelación por ser imprescindible el convenio entre las partes.

Pero el artículo 1235 no es la única norma que recoge el valorismo, habida cuenta de que el artículo 1236 prevé el tema de las denominadas deudas de valor u obligaciones de valor, al establecer 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.

Sin embargo, debemos aclarar que aquí, a diferencia del supuesto previsto por el artículo 1235, no se requerirá convenio entre las partes.

Lo expuesto obedece a que existen obligaciones que por su naturaleza son deudas de valor y que la ley, en tal virtud, les asigna este carácter. Tal es el caso de la deuda nacida de una expropiación o de aquélla que se origina al devolver lo que se recibió en virtud de un pago indebido.

Hechas estas precisiones, queda claro que es factible que tanto una deuda de carácter nominal (de las previstas por el artículo 1234 del Código Civil), como una deuda de carácter valorista (de las contempladas por los artículos 1235 y 1236 del propio Código), lleven acompañadas determinadas penalidades.

Sin embargo, será difícil que ello ocurra en la práctica, en los supuestos a que se refiere el artículo 1236, en la medida en que en tales casos la penalidad deberá estar establecida por la propia ley pues no parece posible un pacto entre acreedor y deudor, dada la naturaleza del origen de la obligación.

Ahora bien, luego de haber precisado la relación y alcances de las obligaciones nominales y de valor y una cláusula penal, debemos aclarar que pasamos a ocuparnos de un tema en especial: si la estipulación de una cláusula penal impide el reajuste dinerario de la obligación principal. Añadimos que todo lo que exponemos a continuación resulta ajeno a los alcances del artículo 1234 del Código Civil peruano.

Manifiesta Kemelmajer de Carlucci[3871] que «La solución del tema está íntimamente vinculada al fundamento jurídico por el cual se admite la repotenciación de la deuda principal dineraria».

3871 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, p. 246.

Señala que el valorismo absoluto sostiene que la condena a soportar la indexación no es una pena al deudor moroso ni un resarcimiento de daños y perjuicios, sino un mecanismo corrector de cifras, derivadas de la oscilación del poder de adquisición de la moneda, destinado a mantener el equilibrio patrimonial entre el deudor y el acreedor para que ninguno de ellos se pueda considerar ni perjudicado ni beneficiado.

Así el reajuste no significa un resarcimiento de daños, señala esta teoría, no existe impedimento alguno en hacer lugar a la repotenciación del capital principal, aun cuando se haya pactado una cláusula penal.

En este sentido, agrega, los seguidores de esa posición manifiestan que en tanto la cláusula penal constituya la estimación pecuniaria fijada por las partes intervinientes, previendo los posibles daños y perjuicios derivados del incumplimiento, no precisa la prueba de los daños producidos por su misma naturaleza convencional.

Pues bien, tales daños y perjuicios pueden producirse ante el incumplimiento de la obligación, independientemente de que haya existido o no envilecimiento de la moneda, y es de advertir que todo incumplimiento acarrea usualmente algún perjuicio, aun en el caso de que el signo monetario no haya sufrido variaciones, puesto que el perjuicio no deriva ya de la depreciación sino del simple retardo en la ejecución de la prestación convenida.

Por consiguiente, según Kemelmajer, la cláusula penal cubre los presuntos daños emergentes del incumplimiento, mientras que la actualización, sin modificar intrínsecamente el valor comprometido, intenta la adecuación de los guarismos representativos de aquél, de modo que el capital resultante guarde proporcionada relación con la variación meramente cuantitativa operada por obra del proceso inflacionario.

Por otro lado, Kemelmajer de Carlucci[3872], quien no es partícipe del valorismo, expresa que cuando la obligación de dinero lleva pacto de intereses moratorios, ellos tienen el significado de una cláusula penal, que entra en sustitución de los daños y perjuicios moratorios. Por lo tanto, siendo que la inmutabilidad —por cierto relativa— es un rasgo típico de la cláusula penal, y que en virtud de tal carácter el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente, habida cuenta de que en la especie media pacto de intereses punitorios, es que debe estimarse que el reajuste pretendido por devaluación de la moneda resulta improcedente.

Asimismo, señala que la solución propuesta de que la cláusula penal obsta al reajuste monetario de la obligación principal deberá ser entendida en un doble aspecto.

3872 *Ibidem,* pp. 251 y 252.

Por un lado, la existencia de la cláusula penal no impedirá al acreedor invocar y acreditar la teoría de la imprevisión y, por ende, que el juez deje sin efecto la cláusula penal pactada cuando ésta resulta absolutamente insuficiente para cubrir los perjuicios producidos, permitiéndose un reajuste equitativo de la prestación principal. Y, por otro, la no revaluación de la principal no impide la repotenciación de la cláusula penal cuando el deudor ha caído en mora, debiéndose distinguir adecuadamente la repotenciación del capital cuando existe cláusula penal (respuesta negativa), de la repotenciación de la cláusula penal cuando exista mora en el cumplimiento de la obligación accesoria (respuesta positiva).

Adicionalmente, Kemelmajer de Carlucci considera que si existe pacto de acumulación, el caso no ofrecerá dificultades por cuanto habrá que estar a la voluntad de las partes. Sin embargo, concluye indicando que «Si esta estipulación no aparece clara, el reajuste deberá ser denegado en razón de que se presume que la cláusula fue pactada para indemnizar todos los perjuicios causados».

Una posición intermedia entre las dos soluciones expuestas ha sido desarrollada por Moisset de Espanés[3873], quien concluye en no dar reglas absolutas. Sostiene que si bien en principio el pacto de intereses moratorios o la cláusula penal impedirían el reajuste del capital, ello no acontece cuando se acredita que las partes pretendieron el pago de la pena con independencia del reajuste monetario.

Afirma el profesor cordobés que la solución requerirá un mayor esfuerzo por parte de los magistrados por cuanto, en cada caso concreto, deberán indagar cuidadosamente cuál fue la función que las partes adjudicaron a la cláusula penal.

Por nuestra parte, discrepamos del argumento de Kemelmajer de Carlucci, cuando considera que la estipulación de la cláusula penal obsta al reajuste monetario de la obligación principal. En este sentido, entiende que si los daños y perjuicios moratorios (pacto de intereses moratorios) se han valuado previamente mediante una pena convencional, no podría el acreedor reclamar otra indemnización (el reajuste monetario), aunque probase que la pactada es insuficiente, pues le atribuye una jerarquía equivalente a la cláusula penal.

Consideramos que el reajuste del valor de una prestación es independiente del eventual reajuste del valor de la cláusula penal que se hubiese pactado para asegurar su cumplimiento.

Ante el incumplimiento de una prestación el acreedor podrá, si lo considera conveniente y posible, exigir el cumplimiento de la prestación principal.

Si esa prestación principal fuese una deuda de valor, ya sea por haber nacido en función de cláusula valorista o por ser esa su naturaleza, el acreedor podría exigir el reajuste del valor de dicha deuda; pero todo ello sería independiente de

3873 Moisset de Espanés, Luis. «El reclamo de intereses moratorios o punitorios y el reajuste por depreciación monetaria». En *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año XLIV, 1980, pp. 315 y ss.

la existencia de la penalidad, en consideración a que no es la penalidad la que ha sido exigida por el acreedor sino la prestación principal.

No obstante, bien puede el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, exigir la penalidad pactada.

Es en este último caso donde cabría formularse la pregunta de si el acreedor podría solicitar judicialmente el reajuste del valor de la penalidad o si, por el contrario, ella resultaría inmutable.

No obstante que el tema no se encuentra regulado en forma expresa por las normas del Código Civil peruano relativas a la cláusula penal, entendemos que interpretando conjuntamente las obligaciones de valor y las obligaciones con cláusula penal, resultaría factible efectuar el reajuste del valor de la penalidad, a fin de que ella no resulte diminuta. No existe precepto legal alguno que lo impida, así como tampoco disposición alguna que constituya obstáculo para aplicar los artículos 1235 y 1236 a las cláusulas penales.

Sin embargo, conviene aclarar que la aplicación de los conceptos valoristas a una cláusula penal requiere que ésta sea una deuda de carácter valorista, bien nacida de una cláusula valorista (artículo 1235) o por tratarse de una obligación que por naturaleza sea de valor (artículo 1236).

5.1.9. Cláusula penal y resolución

El régimen de resolución de las obligaciones con cláusula penal plantea diversos problemas, entre ellos: 1) si el acreedor en cuyo beneficio se incluyó la pena puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor; 2) en caso afirmativo, cómo debe practicarse la liquidación de los daños y perjuicios de la resolución.

Respecto al primer punto, los autores franceses[3874], en general, sostienen que la inclusión de una cláusula penal no impide que en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor demande la resolución del contrato. El acreedor, en consecuencia, podría optar: a) sea por hacer valer el contrato reclamando a su opción la prestación principal o la pena; b) sea demandando la resolución.

En esta línea de pensamiento, Kemelmajer de Carlucci[3875] manifiesta que la cláusula penal no supone una renuncia al derecho de resolver. Éste es un elemento natural de las convenciones con prestaciones recíprocas, por lo que es menester una cláusula clara que obste al ejercicio de este derecho por parte del cumplidor. Señala que ésta es la razón por la cual la doctrina de su país que admite la renuncia al derecho a resolver en razón de ser una facultad establecida en exclusivo

3874 En este sentido podemos citar a Baudry-Lacantinerie Gabriel y Louis Barde. *Traité théorique et pratique de Droit Civile. Des Obligations.* París: Larose et Forcel, 1900, tomo II, p. 1348; y Demogue, René. *Op. cit.,* 1931, p. 471, entre otros.

3875 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 253 y 254.

interés privado de las partes, alerta sobre las grandes dificultades que ocasiona la renuncia tácita, ya que como toda manifestación tácita de voluntad suele dar lugar a grandes dificultades. Por eso, exige hechos o cláusulas de las cuales se deduzca necesariamente la renuncia.

Por su parte, Busso[3876] sostiene por varias razones que no comparte la tesis propugnada por los autores franceses, pues no acepta, en principio, que el acreedor pueda invocar el derecho de resolución que la ley le otorga con prescindencia de la cláusula penal.

Asimismo, el citado profesor señala que esta última (o sea, la cláusula penal) encierra en sí misma un pacto comisorio especial y un reglamento de la indemnización a pagar en el caso de que ese pacto llegue a funcionar. Las condiciones estipuladas en ese pacto resolutorio-indemnizatorio obligan por igual a ambas partes; el acreedor no puede prescindir de ellas para acogerse al pacto comisorio legal y al régimen de indemnizaciones que a éste corresponda.

Tampoco puede sostenerse, añade, que la pena sea la indemnización correspondiente al incumplimiento de la prestación principal, y que, aparte de ella, la resolución del contrato —en virtud de la cual caen tanto la promesa principal como la cláusula penal— pueda tener otra indemnización. En las obligaciones con cláusula penal hay una sola prestación debida: la principal. La pena no es una prestación subsidiaria, ni un equivalente; es una indemnización. El incumplimiento de la prestación principal es incumplimiento total del contrato.

Busso concluye expresando que únicamente en dos casos podría proceder la indemnización por resolución con prescindencia de la cláusula penal. El primero, cuando la pena hubiera sido pactada exclusivamente para el retardo y el deudor incurriera en incumplimiento total. En tal supuesto, el acreedor tendría derecho a pedir la resolución con indemnizaciones, pero considera que esto no importaría una excepción a la vigencia de la cláusula penal; se prescindiría de la cláusula, simplemente, por haberse producido una forma de incumplimiento no prevista en ella.

El segundo caso se presentaría si el deudor, aparte de faltar al cumplimiento de la prestación principal, hubiera hecho imposible el cumplimiento de la pena. Para regular el monto de la indemnización en tal hipótesis no se podrían ya hacer valer las previsiones convencionales.

En nuestra opinión, y contrariamente a tan ilustrado parecer, consideramos que la estipulación de una cláusula penal por las partes, no priva al acreedor del derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento de la obligación principal por el deudor[3877]. La resolución contractual es, pues, un elemento natural de las convenciones con prestaciones recíprocas.

3876 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, pp. 468 y 469.

3877 Esta facultad se concede legalmente por el artículo 1428 del Código Civil peruano, precepto que establece que: «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al

Y entendemos que si se estipula expresamente una cláusula penal para el supuesto de resolución, estimando en forma anticipada los posibles daños y perjuicios que podría causar la resolución contractual al acreedor por el incumplimiento de la obligación principal por el deudor, el acreedor no podría invocar el derecho a resolución que la ley le otorga prescindiendo de la pena convencional.

Lo señalado —recogiendo las palabras de Busso— encuentra asidero en que las condiciones estipuladas en ese pacto resolutorio-indemnizatorio obligan por igual a ambas partes: el acreedor no puede obviarlas para acogerse al pacto comisorio legal y al régimen de indemnizaciones que a este corresponda.

Por otro lado, es importante analizar si la cláusula penal supone o no un pacto resolutorio.

Mucho se discute si la sola existencia de una cláusula penal compensatoria importa un pacto comisorio que permita al acreedor dar por extinguido el negocio ante el incumplimiento de la otra parte, mediante la simple comunicación fehaciente de la voluntad de resolver.

El tema tiene íntima vinculación con aquel otro, más general, relativo a si la cláusula penal compensatoria tiene finalidad resolutoria. En este sentido, Busso[3878] manifiesta que tal función se patentizaría —fundamentalmente— cuando la cláusula penal tiene por objeto otorgar al acreedor el derecho de hacer suyas las sumas entregadas por el deudor. Esto acontece —normalmente— en las ventas por mensualidades. La respuesta afirmativa se ha sostenido con el argumento de que el acreedor, al optar por la cláusula penal, está en realidad disolviendo la obligación, efecto que se produce igualmente con el pacto resolutorio.

Concluye Busso afirmando que «la cláusula encierra un pacto comisorio, sin perjuicio de ser algo más que un simple pacto comisorio».

Por su parte, Mosset Iturraspe[3879] manifiesta que «aun admitiendo la función resolutoria, ésta es eventual, porque las partes podrían excluirla mediante pacto expreso en contrario al admitir la acumulación de la pena y de la principal».

En opinión de Llambías[3880], cuando la cláusula penal compensatoria funciona en conexión con la resolución del contrato, no es ella la que produce la resolución, sino que ésta se produce por el incumplimiento. Es decir, la causa que motiva la resolución no es la existencia de la cláusula penal, sino el hecho de que el deudor incumple permitiendo al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria[3881].

cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios [...]».

3878 Busso, Eduardo B. *Op. cit.*, tomo IV, p. 462.

3879 Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Op. cit.*, p. 1227.

3880 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.*, tomo I, p. 137.

3881 Por nuestra parte, y a efectos de que se conozca nuestra opinión al respecto, remitimos al lector a lo indicado con ocasión del análisis de la eventual función resolutoria de la cláusula penal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Kemelmajer de Carlucci[3882], compartiendo la tesis de Llambías, precisa que la prueba irrefutable de lo antes expuesto está en que el contratante puede exigir la resolución y renunciar a la cláusula. En tal sentido, señala como ejemplo, el caso en donde el vendedor requiere la resolución, pero restituye las sumas entregadas.

De lo expuesto —concluye la profesora argentina—, «Se deriva que la sola existencia de una cláusula penal no puede tomarse como la estipulación de un pacto comisorio, sin perjuicio de que el mismo hecho que provoca la eficacia de la cláusula penal —el incumplimiento— motive también el derecho del acreedor a resolver».

Por nuestra parte, y siguiendo la línea de pensamiento de Llambías y Kemelmajer, consideramos que la sola existencia de una cláusula penal no supone la existencia de un pacto resolutorio, pues la causa que motiva la resolución no es la presencia de la pena convencional, sino el hecho de que el deudor incumpla permitiendo al acreedor ejercer su derecho a resolver el contrato, incumplimiento que dará lugar a que la pena convencional despliegue todos sus efectos.

Ahora bien, respecto al segundo tema bajo análisis, es decir, cómo deben liquidarse los daños y perjuicios cuando se produce la resolución del contrato si éste contiene una cláusula penal, es preciso reiterar que no obstante la existencia de la cláusula penal, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento del deudor.

Aquí debe recordarse que la resolución por incumplimiento concede al acreedor el derecho de reclamar indemnización por daños y perjuicios (lo expresado se encuentra previsto por el artículo 1428 del Código Civil peruano). La doctrina discute acerca de si los daños y perjuicios deben liquidarse conforme a las normas del Derecho común, o si están limitados y estipulados por la cláusula penal pactada.

Como se puede advertir, el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a este tema es de significativa importancia: si se liquidan conforme a la cláusula penal, no habrá necesidad de acreditar los daños, pero también estarán limitados por la cuantía estipulada sin poder reclamarse mayores montos, aunque la suma pactada fuere insuficiente.

En este sentido, un sector propicia la aplicación lisa y llana de la cláusula penal. Entre ellos, Mosset Iturraspe[3883] se pronuncia argumentando que no es posible distinguir el incumplimiento de la obligación principal del incumplimiento del contrato entendido como un todo; la cláusula penal accede a un negocio jurídico, y no a una obligación aislada, y dentro de este negocio garantiza el cumplimiento de las obligaciones emergentes; si la resolución del contrato reconoce como razón fundante el incumplimiento, no es posible que los daños reclamados por el acreedor excedan a los determinados en la cláusula, prevista justamente para el caso de incumplimiento.

3882 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.*, pp. 255 y 256.

3883 Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». *Op. cit.*, p. 1236.

Por otra parte, una segunda posición doctrinaria entiende que en virtud del carácter accesorio de la cláusula penal, declarada la resolución del contrato, ella tiene por efecto volver las cosas al estado anterior en que se encontraban al momento de la concertación.

Así, Llambías[3884] expresa que el presupuesto de la pretensión de la pena consiste en el incumplimiento de la obligación principal, en tanto subsista ésta en su virtualidad de tal. Pero si se desvanece esta obligación por falta de causa, en razón de la resolución o rescisión que la había originado, falla el presupuesto de la pena: el acreedor podrá pretender, en ese supuesto, el resarcimiento de los daños y perjuicios que le provoca la disolución del contrato —habida cuenta de la liberación que obtiene con respecto a sus propias obligaciones nacidas de ese mismo contrato—, pero no una pena carente de causa.

También refiere el autor citado que para que el acreedor tenga derecho a esta pena, sería indispensable la disposición contractual que así lo decidiese, en cuyo caso la causa o título de la pena estaría no en la inejecución de la insubsistente obligación principal, sino en el pacto de las partes para la hipótesis de la resolución o rescisión del contrato. «Son supuestos distintos que impiden, por la interpretación restrictiva que cuadra hacer de la cláusula penal, que se traslade ésta de un campo a otro».

Conforme con este criterio argumentativo, Baudry-Lacantinerie y Wahl[3885] manifiestan que operada la resolución del contrato por iniciativa del acreedor, en virtud de un derecho que la ley le otorga, la liquidación de los daños deberá hacerse prescindiendo de la cláusula penal. En efecto, esa cláusula formaba parte de una convención que desde el momento en que ha sido resuelta se considera como si no hubiera existido. Por otra parte, los daños que deberán repararse no serán ya los que correspondan a la inejecución de la prestación principal, sino los que surjan de la resolución del contrato en su integridad; esos daños podrán ser mayores o menores que la suma establecida en la cláusula penal.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci[3886] —con relación al tema bajo estudio— distingue entre el tratamiento que debe dársele, dependiendo de si nos encontramos ante cláusulas penales compensatorias o ante cláusulas penales moratorias.

Respecto de las cláusulas penales moratorias, afirma que el acreedor no podrá invocar la cláusula moratoria para reclamar los daños producidos hasta el momento en que opta por la resolución, porque precisamente su elección supone volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de la concertación.

Agrega que la retroacción en el pacto comisorio no opera con la misma fuerza que en la condición resolutoria o en la nulidad, pero es un principio indiscutido

3884 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 350.
3885 Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Albert Wahl. *Op. cit.,* p. 1366.
3886 Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. cit.,* pp. 258-264.

EDICIÓN DIGITAL CASTILLO FREYRE

que la resolución produce la disolución del vínculo obligacional que ataba a las partes. Es decir, el acreedor no puede pretender las ventajas emanadas de la cláusula penal y al mismo tiempo sostener que las obligaciones a su cargo han quedado extinguidas. Para señalar un ejemplo, expresa lo siguiente: A compra a B un inmueble, estipulándose en el boleto de compraventa que la mora en el pago de las cuotas en que se ha dividido el precio se sanciona con la suma de mil dólares diarios. Si ante el incumplimiento en el pago del precio la vendedora hace valer el pacto comisorio pactado o declara resuelta la venta por voluntad del acreedor, no puede pretender el devengamiento de la pena moratoria hasta el día en que solicitó la resolución. Una pretensión de este tipo supondría una contradicción en los términos: se entiende extinguido el contrato en unos aspectos y se lo tiene vigente para otros.

En este caso, indica, los daños moratorios deben liquidarse conforme a las reglas del Derecho común y sólo podría hacerse valer la cláusula penal cuando un pacto expreso de las partes así lo admitiera.

Ahora bien, cuando la cláusula penal accede a obligaciones que no se extinguen con la resolución, manifiesta Kemelmajer de Carlucci, la solución señalada no se aplica. Ello ocurre normalmente en aquéllas de ejecución periódica que imponen el cumplimiento de prestaciones sucesivas en lapsos de tiempo establecidos de antemano, a las que se corresponden contraprestaciones recíprocas. Por ejemplo, si en un contrato de locación se ha pactado una pena moratoria para el supuesto de pago tardío de los arrendamientos, la acción por resolución intentada por el locador no le impide reclamar el pago de los arrendamientos adeudados y la pena estipulada. La diferencia de soluciones es notoria y obvia: en la compraventa en cuotas la resolución produce la extinción de la obligación de pagar el precio (tanto las cuotas devengadas como las futuras); en la locación, en cambio, la resolución no extingue la obligación de pagar los arrendamientos devengados y, por ende, tampoco muere la cláusula penal que los asegura.

Si la pena es compensatoria, manifiesta la citada profesora, la cuestión es de más dudosa solución, ya que la postura que afirma la inaplicabilidad de la pena supone dos inconvenientes.

Por una parte, en los supuestos de penas medianamente insuficientes, el acreedor —a fin de no ver limitado su derecho a los daños y perjuicios— optará por la resolución obteniendo de esta manera una reparación integral, traduciéndose en un apoyo velado al fraude a la ley. En este orden de ideas, Kemelmajer de Carlucci señala como ejemplo el siguiente: Juan vende a Pedro 20,000 litros de vino, estipulándose que la falta de entrega de la mercadería en el tiempo convenido se sancionará con una pena compensatoria de $ 30'000,000. Si Juan no entrega el vino, Pedro resuelve y reclama los daños efectivamente producidos (que pudieron ser mayores a la pena estipulada, todo lo cual depende de las oscilaciones producidas en el mercado del vino).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La otra dificultad —refiere la profesora citada— es de orden práctico, pues si la pena se ha estipulado para el incumplimiento definitivo, por qué no aplicarla cuando se opera la resolución. ¿Cuándo sería entonces aplicable? La pena compensatoria se habría convertido en *rara avis* del mundo negocial.

No obstante lo expuesto, Kemelmajer de Carlucci postula la inaplicabilidad de la cláusula penal, ya que operada la resolución, los daños compensatorios deben liquidarse de conformidad con las pautas del Derecho común, salvo estipulación expresa en contrario, en razón de que la tesis inversa podría llevar, en la mayoría de los casos, a la aplicación de cláusulas penales no reducibles.

Kemelmajer funda su posición en los siguientes argumentos: en primer lugar, en cuanto a que la no aplicación supondría que la cláusula penal compensatoria se convertiría en *rara avis* en el mundo de los negocios, considera que debe recapacitarse sobre los ejemplos proporcionados. La resolución produce la extinción de las obligaciones a cargo de ambas partes. Es decir, en el ejemplo elaborado, si Pedro opta por la resolución, Juan no debe el vino (sino la indemnización), pero a su vez él no debe el precio. En cambio, si Pedro opta por la cláusula penal, él no extingue las obligaciones a su cargo[3887].

De lo expuesto hasta este punto, queda en claro que existen dos posiciones muy marcadas en torno de la relación y aplicación práctica de la resolución de los contratos y la cláusula penal.

Una primera posición es la que sostienen Llambías y Baudry-Lacantinerie y Wahl, al igual que Kemelmajer, en el sentido de que si se desvanece la obligación principal por falta de causa, debido a la resolución del contrato, falla el presupuesto de la pena, supuesto en el cual el acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor podría exigir la indemnización por el monto de los daños y

3887 Asimismo, Kemelmajer de Carlucci expresa que la cláusula penal no tiene en sí misma función resolutoria y, por ello, el hecho de que el acreedor opte por la pena no supone que se extingan las demás obligaciones a su cargo. Por eso, estima que la tesis que propicia es la que respeta en el fondo a la voluntad de las partes: la deudora de la cláusula penal la asumió en razón de que la contraparte debe las obligaciones a su cargo. «¿Puede válidamente sostenerse que se interpreta la voluntad contractual cuando se dejan subsistentes unas obligaciones y no otras?».
La jurista citada agrega que cuando el acreedor opta a su arbitrio por la cláusula penal es porque quiere el contrato en el cual ella se ha pactado. Si, en cambio, quiere la extinción de las obligaciones de él derivadas, no puede prevalerse de una de sus cláusulas. Esto no es sino aplicación del principio de accesoriedad que insufla a la cláusula penal, ya que la extinción de la obligación principal supone la muerte de la cláusula penal. La resolución produce la frustración de las obligaciones derivadas del pacto principal; en consecuencia, también deben morir las derivadas de la estipulación accesoria.
Añade Kemelmajer de Carlucci que todas estas argumentaciones la llevan a sostener —salvo pacto expreso que demuestre voluntad contractual contraria— que tampoco las penas compensatorias pueden ser aprovechadas por el acreedor que opta por la resolución, quien para reclamar daños y perjuicios deberá acudir a los principios del Derecho común.
A modo de conclusión, expresa que la solución que propicia rige no sólo cuando la resolución opera por una manifestación facultativa del acreedor, sino cuando ella se produce por razones ajenas a la libre opción del sujeto activo.

perjuicios que corresponda, con prescindencia de la penalidad pactada, la que ya no sería aplicable porque provendría de aquel contrato que fue resuelto y que, por lo tanto, dejó de ser eficaz.

Una segunda posición, asumida por Mosset Iturraspe, anota que la cláusula penal debe aplicarse lisa y llanamente, pues nada tiene que ver la penalidad con el hecho de que el contrato se resuelva.

Con independencia de ingresar al detalle de las cláusulas penales especiales, nosotros nos adherimos a la posición de Mosset Iturraspe.

Creemos que la posición de los profesores que sostienen que la cláusula penal no se aplica si el contrato ha quedado resuelto es facilista porque parte de una idea muy simple: si el contrato ya no surte efectos, la penalidad tampoco.

Consideramos que esa tesis parte de un error, que es considerar como incompatible la resolución del contrato y la función indemnizatoria de la penalidad en él pactada.

Estimamos, además, que dichos autores olvidan el principal supuesto que da lugar a la indemnización y aplicación de las penalidades, cual es el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor.

Dentro de tal orden de ideas, si un deudor incumpliese con sus obligaciones, el acreedor tendría el camino entre exigir el cumplimiento en especie o reclamar la cláusula penal compensatoria.

Será evidente que si el acreedor optase por el cumplimiento en especie, no habría transitado por el recurso de la resolución del contrato, porque si lo resolviera no podría luego exigir su ejecución. Esto resulta claro.

Pero la otra hipótesis es que el acreedor recurra a exigir al deudor el cumplimiento de la penalidad. En este caso debemos preguntarnos cuál sería la situación del deudor si el acreedor le exigiese el cumplimiento de la penalidad y no hubiese recurrido a resolver el contrato.

Aquí el acreedor podría encontrarse en una situación riesgosa, pues por regla general la exigencia de cumplimiento de la prestación configura un supuesto muy claro de constitución en mora del deudor y, como sabemos, si al deudor se le hubiese constituido en mora y el contrato continuase surtiendo efectos, por más que al deudor se le hubiera exigido la penalidad y no la prestación en especie, tal deudor podría recurrir al cumplimiento de la prestación en especie, ya que no existiría razón alguna que le impidiera hacerlo, con lo cual podrían burlarse las expectativas del acreedor que le exigió el cumplimiento de la penalidad pactada.

Dentro de tal orden de ideas, para que el acreedor de una prestación se asegure el cumplimiento de la penalidad y elimine la posibilidad de que el deudor recurra al cumplimiento de la prestación en especie, debería primero resolver el

GUSTAVO MARIO CASTILLO FREYRE

contrato y luego reclamar la penalidad compensatoria, porque es evidente que si el contrato no hubiese sido resuelto, el acto jurídico seguiría surtiendo sus efectos y uno de ellos sería el cumplimiento de la obligación que permanecía incumplida.

Sin duda, el hecho de que el contrato se resuelva y el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de una cláusula penal nacida del propio contrato ha llevado a los juristas que se oponen a esta tesis a efectuar un razonamiento muy claro y sencillo: si el contrato ya no surte efectos, entonces ¿cómo sería posible exigir una penalidad que constituiría —precisamente— uno de los efectos de dicho contrato?

Pero lo que olvidan es que no estamos tratando de una prestación cualquiera. No estamos refiriéndonos a una prestación destinada a satisfacer la ejecución del contrato mismo. Por el contrario, se trata de una prestación sustitutoria del cumplimiento de las obligaciones principales nacidas de ese contrato.

En otras palabras, la cláusula penal, cumpliendo fielmente su finalidad accesoria, acarrea como consecuencia que la penalidad pactada, dada su naturaleza indemnizatoria, trascienda la declaración de ineficacia del propio contrato del cual emana.

Esta situación, sui géneris por cierto, es la que explica que la cláusula penal compensatoria pueda ser exigida cuando el contrato ha sido resuelto.

Tal vez el lector pueda considerar que estamos recurriendo a una ficción jurídica, cual es la de decidir que un contrato siga surtiendo efectos a pesar de haber sido resuelto.

No consideramos que se trate de una ficción jurídica. Estimamos que la naturaleza de la penalidad impone esta solución y no admite la contraria. Pero si no se estuviese de acuerdo con la solución adoptada por nosotros, en el sentido de que ese sea el sustento jurídico de lo que afirmamos, estamos llanos a asumirla como una ficción jurídica, al igual que tantas ficciones que contiene el Derecho Civil y que tienden a satisfacer los intereses de las partes y alcanzar el objetivo de la justicia.

Compartimos, por lo demás, el parecer de Kemelmajer de Carlucci cuando afirma que si la resolución permitiera cobrar más de la penalidad pactada, ello implicaría un fraude a la ley.

Para nosotros, es evidente que si se resuelve el contrato, esto no podría conducir al acreedor a cobrar más allá de la penalidad pactada. Si así fuese se presentaría el absurdo siguiente: si el acreedor no resuelve el contrato, sólo puede reclamar la penalidad convenida; si lo resuelve, puede cobrar más allá de la penalidad convenida, si los daños y perjuicios hubiesen excedido el monto pactado como pena.

Sin embargo, resulta contradictorio que a pesar de todo, Kemelmajer de Carlucci abone en favor de la inaplicabilidad de la cláusula penal en caso de que se resuelva el contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La profesora citada anota que en estos casos debería estarse a la voluntad de las partes expresada en el contrato. Afirma que cuando el acreedor opta por la cláusula penal compensatoria, en realidad quiere mantener o valerse del contrato en el cual se encuentra inserta dicha penalidad.

Para nosotros cuando el acreedor opta por el cobro de la penalidad compensatoria, resulta evidente que ya no tiene interés en el cobro de la prestación en especie.

Ello se infiere claramente de lo que acabamos de afirmar, en la medida en que siguiendo dicho razonamiento, si el acreedor tuviera interés en el cumplimiento de la prestación en especie, lo lógico sería que reclamara su cumplimiento y no el de la penalidad compensatoria.

Sostener lo contrario sería, a nuestro juicio, contradictorio.

Pero, como podrá apreciar el lector, lo que hemos expresado hasta este punto se refiere única y exclusivamente al cobro de las cláusulas penales compensatorias.

En el caso de las cláusulas penales moratorias entendemos que la solución no sería exactamente igual.

La exigencia de la cláusula penal moratoria implica, como es obvio, la existencia de mora en el cumplimiento de la obligación; y la mora, a su vez, determina que el acreedor todavía tenga interés en que ella se cumpla, en que el deudor ejecute la prestación debida, aunque sea tardíamente.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que es imposible, jurídicamente hablando, que un deudor se encuentre en mora dentro de un contrato ya resuelto, en la medida en que la resolución implica la extinción de la condición moratoria del deudor.

Por ello, los daños y perjuicios moratorios sólo pueden generarse durante el período de la mora y cesarán al tiempo en que el acreedor opte por el camino de la resolución del contrato.

Así, la penalidad moratoria sólo podrá devengarse mientras el contrato siga surtiendo efectos y dejará de hacerlo en el momento en que él se resuelva.

Lo expresado no significa, en modo alguno, que las penalidades moratorias no puedan exigirse luego de que el contrato haya sido resuelto, entendiéndose que lo susceptible de exigibilidad serían las penalidades ya devengadas mientras el deudor se encontraba en condición de moroso. No podría entenderse que el acreedor estuviera en aptitud de cobrar penalidades moratorias, luego de resuelto el contrato. En este sentido podría afirmarse que las penalidades a cobrar son penalidades «pasadas» y no penalidades «presentes».

Para concluir con nuestros comentarios sobre este punto, simplemente aclaramos que lo expresado respecto de las penalidades moratorias no resulta excluyente, sino complementario, de lo indicado con relación a las penalidades compensatorias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.2. Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales

5.2.1. Unas palabras sobre el Derecho Sucesorio y las obligaciones de sujeto plural

Cuando, con ocasión del estudio de los artículos 1177 y 1187 del Código Civil peruano de 1984, analizamos cómo se heredan las prestaciones de sujeto plural, lo hicimos desde los cauces tradicionales del Derecho de las Obligaciones, sin relacionar la materia directamente con el Derecho Sucesorio.

Ahora, hemos considerado indispensable, antes de estudiar los efectos de las cláusulas penales en las obligaciones de sujeto plural, ingresar brevemente al ámbito del Derecho de Sucesiones.

5.2.2. Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria

Como introducción al estudio de indivisión y partición de la masa hereditaria, vamos a recurrir a la doctrina que sustenta Luis de Gásperi[3888].

Anota el profesor citado que desde los remotos tiempos de las XII Tablas, los romanos concibieron que dejando el difunto por sucesores más de un heredero, se constituyese entre ellos una comunidad incidental, *communio incidens,* sobre los inmuebles, sin intervención de su voluntad. Los jurisconsultos de aquella época también entendieron que siendo por naturaleza divisibles los créditos y las deudas, no fuesen deferidos en comunidad a los herederos, sino, por el contrario, que se dividiesen de pleno derecho entre ellos, *portionibus hereditariis,* sin excluir las obligaciones indivisibles, siquiera sujetas activa o pasivamente *in solidum* a la acción del acreedor.

Respecto al tema, De Gásperi recuerda que José Olegario Machado trató de aclarar esta problemática a la luz de las tres teorías clásicas que la inspiran, a saber:

(a) La de Duranton, Mourlon y Demante, según la cual el primero de los preceptos del Código francés (tomado casi literalmente por el artículo 3503 del Código argentino), no se aplica sino a las cosas que son objeto de partición, al paso que el segundo de ellos divide *ipso iure* los créditos hereditarios desde la apertura de la sucesión, con independencia de toda partición entre los herederos, los cuales pueden demandar su pago desde el fallecimiento del *de cujus*.

(b) La de Aubry y Rau, opuesta a la primera, conforme a la cual estatuyéndose por el artículo 883 del Código Napoleón que cada coheredero ha heredado sólo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote, o que le tocaron en subasta, y que no ha tenido jamás la propiedad

3888 De Gásperi, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario. Op. cit.*, tomo II, pp. 157 y ss.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de los demás efectos de la herencia, la división legal de las deudas y de los créditos hereditarios preceptuada por la ley sólo es provisional y condicional, subordinada al resultado de la última partición.

(c) La de Demolombe, por la que debe distinguirse según que las causas de liberación sean anteriores o posteriores a la partición, supuestos ambos resueltos de distinto modo. Así, en el primer caso, el deudor puede prevalerse contra el efecto declarativo de la partición; en el segundo no, de donde se infieren las siguientes consecuencias:

(i) Si uno de los deudores de la sucesión deviene, antes de la partición, en acreedor de uno de los herederos, la compensación opera de pleno derecho hasta la concurrencia de la porción hereditaria de éste.

(ii) Si uno de los coherederos ha cedido a un tercero su parte en una acreencia hereditaria y se ha notificado de ello al deudor cedido, o la cesión ha sido aceptada por éste, antes de la partición, no podría oponerse precepto legal alguno ni al cesionario ni al deudor, porque el heredero que podía demandar y recibir su parte, también ha podido cederla.

Coincidimos con lo manifestado por De Gásperi, en el sentido de que no se puede pretender conciliar el principio romano de la división automática de los créditos divisibles, con los efectos declarativos de la partición, conforme con la doctrina ecléctica de la Corte de Casación francesa, de suerte que se consideren válidos y legalmente subsistentes los actos de ejecución y los actos y hechos de extinción con que, durante la indivisión, se hayan beneficiado los herederos no adjudicatarios, pero a condición de ser resolubles las cesiones particulares que el heredero no adjudicatario haya otorgado durante la misma época.

Es muy cierto lo expresado por De Gásperi cuando afirma que la pretendida conciliación de los dos sistemas opuestos es punto menos que imposible: o se da prevalencia al principio romano de la división legal de los créditos divisibles, consagrado por el Código argentino, o se subordina a la partición el valor de los actos de disposición que durante el estado de indivisión hubiese hecho el heredero de su cuota parte en aquellos créditos, si no media la conformidad de todos los coherederos.

Dicho jurista enseña que el principio que recoge el Código argentino de la división de los créditos por el solo hecho del fallecimiento del acreedor, en proporción del haber hereditario de cada uno de sus herederos, y que éstos pueden cobrar, ceder y compensar con su parte, a pesar de haber deudas pendientes de pago, y como si el patrimonio heredado no constituyera una unidad, una universalidad de bienes afectada a las obligaciones del causante, es lo que critica la doctrina moderna, que propende a impedir que los créditos y las deudas se dividan antes de haberse pagado a todos los acreedores de la sucesión y a mantener

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el patrimonio hereditario tal como estaba en poder del causante. De esta forma, su división no tendría lugar sino después de haberse pagado todas las deudas y cobrado todos los créditos, haberse colacionado las donaciones hechas en vida por aquél y, por último —como decía Juan Antonio Bibiloni—, «después de haber liquidado el pasado y el presente».

A tal efecto, De Gásperi cita tres Códigos como ejemplos ilustrativos de esta tendencia de pensamiento: el Código Civil alemán (artículos 2039 y 432, inciso 1), el Código Civil español (artículos 1072, 1082 y 1084) y el Código Civil peruano de 1936, sobre el cual refiere que a través de su artículo 784 instituía, para el caso de pluralidad de herederos, la propiedad proindiviso de los bienes comunes de la herencia en que, por cierto, se incluían los créditos, y finaliza anotando que —aunque no estaba dicho expresamente— se podía inferir del Código peruano que no se trataba de una copropiedad por partes distintas, de estilo romano, sino de una «propiedad común» inspirada en los artículos 652 y 653 del Código Civil suizo.

Debemos agregar que el citado principio del Código nacional derogado es el mismo recogido por el artículo 844 del Código vigente de 1984, norma que establece que «Si hay varios herederos, cada uno de ellos es copropietario de los bienes de la herencia, en proporción a la cuota que tenga derecho a heredar».

Este precepto se relaciona directamente con la lógica del artículo 660, el que dispone que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

Ocurre —según refiere Guillermo Lohmann Luca de Tena— que el Código nacional comete un error al mencionar que se configura una situación de copropiedad sobre los bienes de la herencia, cuando lo que sucede es que se plantea una comunidad sobre el íntegro de la masa hereditaria, entendida como unidad total (comprendiendo bienes, créditos y deudas).

Tal vez esta equivocación sea la que ha generado buena parte de las confusiones respecto a diversos temas de Derecho Sucesorio, y, en particular, sobre el que es materia de análisis.

5.2.3. Consideraciones generales sobre las cláusulas penales y las obligaciones con pluralidad de sujeto

Después de estudiar, como lo hemos venido haciendo, la cláusula penal en los supuestos en que los sujetos de la obligación no son más que dos, acreedor y deudor, ahora debemos ingresar al análisis de los casos de pluralidad de deudores, de acreedores o de ambos a la vez.

La existencia de pluralidad de deudores y acreedores origina problemas interpretativos en las obligaciones con cláusula penal, cuando entre la prestación principal y la de la cláusula hay diferencia de naturaleza, es decir, cuando una

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARCE

prestación es divisible y la otra indivisible o viceversa, y también cuando una obligación es solidaria y la otra no lo es (es decir, es mancomunada). Por ejemplo, la obligación de entregar un auto o, en su defecto, pagar una pena convencional de mil dólares, habiendo pluralidad de deudores o acreedores.

En el Derecho romano y en el Derecho francés si hay diferencias de naturaleza entre las prestaciones de la obligación principal y las de la cláusula penal, se resuelven ateniéndose a la naturaleza de la obligación principal: si ésta es indivisible, se aplican los principios de la indivisibilidad; y si, por el contrario, es divisible, se aplican los principios de la divisibilidad, prescindiéndose de la naturaleza de la prestación de la cláusula penal.

No ocurre lo mismo en nuestro Derecho, donde se tiene en cuenta la naturaleza de la pena.

En este sentido, la solución del Código Civil peruano al problema de la divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal a que se refieren los artículos 1347 y 1348, constituye, simplemente, una aplicación de las normas del propio Código relativas a las obligaciones divisibles e indivisibles (artículos 1172 y siguientes, analizados en su oportunidad).

Por lo tanto, resulta indiferente que la obligación principal sea divisible o indivisible, lo que interesa es determinar la divisibilidad o indivisibilidad de la cláusula penal.

Así, si la cláusula penal es divisible, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte (artículo 1347 del Código Civil). El principio es el mismo que inspira los artículos 1172 y 1173 del Código Civil, relativos a las obligaciones divisibles.

Si la cláusula penal es indivisible, cada uno de los codeudores y de sus herederos quedará obligado a satisfacer la pena entera (artículo 1348 del Código Civil). Este principio también se encuentra consagrado por el artículo 1176 del mismo Código, relativo a las obligaciones indivisibles.

En estos casos, sin embargo, los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil peruano).

Reglas similares funcionan en la mancomunidad y solidaridad de la cláusula penal. Si la obligación de la cláusula penal es mancomunada, cada deudor responderá únicamente por su parte (artículo 1182 del Código Civil).

Si la obligación de la cláusula penal es solidaria, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro (artículo 1349 del Código Civil), pero los no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (artículo 1350 del Código Civil).

Ahora bien, luego de esta breve introducción, explicaremos detalladamente cada uno de los supuestos que podrían darse en la realidad, previstos por los artículos 1347, 1348, 1349 y 1350 del Código Civil de 1984.

5.2.3.1. Divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal

Este tema lo estudiaremos seguidamente, distinguiendo los casos de la pluralidad de deudores, de la pluralidad de acreedores y de la pluralidad de ambos a la vez.

5.2.3.1.1. Pluralidad de deudores

La pluralidad de deudores puede ser concomitante con el título constitutivo de la obligación o generarse posteriormente por muerte del deudor, en cuyo caso sus herederos asumen la obligación.

Aquí es preciso recordar —como fue analizado al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos— que la divisibilidad es una condición jurídica que pasa en la misma condición por efectos hereditarios.

La cuestión, en este punto, es la siguiente: habiéndose obligado dos o más personas, por ejemplo, a la realización de un trabajo que luego cumplen en forma irregular, ¿cómo se liquida la cláusula penal?, ¿cada uno de los deudores la paga íntegramente o a prorrata?

De acuerdo con el precepto contenido en el artículo 1347 del Código Civil pensamos que se pueden presentar las siguientes posibilidades:

(a) Que la obligación principal sea de carácter divisible, mientras que la accesoria (la cláusula penal) revista similar carácter. En tal caso, será evidente que los codeudores del acreedor o los herederos del deudor estarán obligados a cumplir con cualquiera de las obligaciones de manera divisible.

(b) Que la obligación principal sea de carácter indivisible, mientras que la obligación accesoria (la cláusula penal) sea divisible. En esta hipótesis, los codeudores estarán obligados a cumplir con la obligación principal de manera indivisible, mientras que cumplirán con la penalidad, de ser el caso, de manera divisible.

Por otro lado, el artículo 1348 del Código Civil recoge el supuesto de la cláusula penal indivisible. En este caso, cada uno de los codeudores o de sus herederos quedará obligado a satisfacer la pena entera. Este principio también está consagrado por el artículo 1176 del mismo Código, precepto referente a las obligaciones indivisibles.

En estos supuestos, sin embargo, los codeudores que no sean culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Del artículo 1348 del Código Civil podemos deducir que en virtud de lo previsto por el artículo 1177 —en el sentido de que la indivisibilidad se hereda en la misma condición— pueden presentarse los siguientes casos:

(a) Que la obligación principal sea indivisible y que la cláusula penal revista carácter similar. En este caso los codeudores o herederos del deudor estarán obligados a cumplir con cualquiera de las obligaciones —la que corresponda— de manera indivisible, tal como antes lo expresamos.

(b) Que la obligación principal sea de carácter divisible, mientras que la cláusula penal sea indivisible. En este caso los codeudores o herederos del deudor estarán obligados a cumplir la obligación principal de manera divisible, mientras que cumplirán con la penalidad (de ser el caso) de manera indivisible.

Aquí consideramos pertinente destacar el pensamiento de Salvat[3889], quien manifiesta que para establecer si una obligación con cláusula penal es divisible o indivisible habrá que tomar en cuenta la naturaleza de la prestación debida y la de la cláusula penal, no rigiendo para el caso el principio de la interdependencia según el cual lo accesorio sigue la condición jurídica de lo principal.

Agrega Salvat que si la prestación debida y la cláusula penal son semejantes en cuanto se refiere a su divisibilidad o indivisibilidad, desde el comienzo se sabe que la obligación será divisible o indivisible.

Así también, añade Salvat, si la prestación debida es indivisible y la cláusula penal divisible, o viceversa, se atenderá a la naturaleza divisible e indivisible de la prestación que se cumpla. La prestación será debida íntegramente por cualquiera de los deudores, pero la cláusula penal divisible la deberán cada uno por su cuota parte. A su vez, la prestación principal divisible será debida por cada deudor en la medida de su cuota parte, y la cláusula penal indivisible será debida en su totalidad por cualquiera de los deudores.

Dentro de esta línea de pensamiento, Laurent[3890], respecto a la influencia de la indivisibilidad en la cláusula penal con relación a los herederos del deudor, expresa que se puede presentar el siguiente caso: el deudor incurrió en la pena, ¿cuál será el compromiso de los herederos? Responde el autor que la ley francesa no prevé esta hipótesis porque no puede dar lugar a ninguna duda. Se aplican los principios que rigen la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones. Si la pena es divisible, se dividirá entre los herederos del deudor, al igual que se divide toda deuda entre ellos; cada uno estará comprometido sólo por su parte y porción hereditaria. Si, por excepción, el objeto de la pena era una cosa o un hecho indivisible, el acreedor podría asignar a cada uno de los herederos

3889 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.,* tomo II, p. 23.
3890 Laurent, François. *Op. cit.,* tomo XVII, pp. 457-459.

del deudor por la totalidad de la obligación, de conformidad al artículo 1225 del Código Napoleón.

De Gásperi[3891] anota, asimismo, que el tema de la divisibilidad e indivisibilidad de la prestación penal no tiene relación con la materia de la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación principal.

A decir de De Gásperi, si un deudor sujeto a una pena convencional divisible muere dejando varios herederos, después de haber caído en mora, su obligación penal, de acuerdo con el principio *pro portionibus hereditarus,* transmite la pena a sus herederos en proporción a su haber hereditario.

Expresa el maestro paraguayo que la misma solución cabe cuando la pluralidad de deudores fuese precedente al incumplimiento o al retardo. Siendo divisible la prestación penal, los codeudores no incurren en la pena sino en proporción de su parte, independientemente o abstracción hecha de la indivisibilidad de la obligación principal.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas[3892] señalan que cuando la obligación principal es divisible y la cláusula penal es indivisible prevalece la naturaleza de la cláusula penal y, en consecuencia, producido el incumplimiento, aunque sea parcialmente, el acreedor tiene derecho a reclamar a cualquiera de los deudores el pago íntegro de la pena.

Añaden dichos autores que en el caso de una obligación principal indivisible y de una cláusula penal divisible, producido el incumplimiento de la obligación, el acreedor tiene derecho a cobrar la pena a los deudores, pero sólo puede reclamar de cada uno de ellos su parte proporcional.

Siguiendo esta misma línea argumentativa, Lafaille[3893] expresa que se debe establecer ante todo la necesaria separación entre la prestación que constituye la obligación principal y la que hace el objeto de la cláusula penal. Puede la primera ser indivisible, como sería, por ejemplo, la entrega de una cosa cierta o la realización de un trabajo; y ser divisible la segunda, como si se estipulara, por ejemplo, que en caso de retardo o de incumplimiento se pagaría una suma de dinero. A la inversa, puede ser la obligación principal divisible, como dar una suma de dinero, y la cláusula penal indivisible, como si se hubiera pactado la entrega, en caso de mora o incumplimiento, de un inmueble.

Dentro de tal orden de ideas, el citado autor precisa que no tiene nada que ver que la obligación principal sea divisible o indivisible; lo que debe observarse es si la cláusula penal es susceptible de cumplimiento parcial, y siéndolo, cada

3891 De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino. Op. cit.,* tomo I, pp. 448 y 449.

3892 Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas, *Op. cit.,* tomo I, pp. 258 y 259.

3893 Lafaille, Héctor. *Curso de contratos. Op. cit.,* pp. 153 y 154.

obligado responde tan sólo en proporción a su parte, haya o no tenido culpa en el cumplimiento.

Lafaille anota que en el caso de que la cláusula penal no sea susceptible de cumplimiento parcial, por la naturaleza de su objeto, como ocurriría si se hubiese estipulado que en caso de mora o de incumplimiento se entregará un terreno situado en tal parte, el deudor que es interpelado para el pago de la pena la debe íntegra, aun cuando la culpa en la demora correspondiese a otro.

A decir de Bustamante Alsina[3894], en esta materia no rigen los efectos de la accesoriedad en cuanto a que la naturaleza de lo accesorio se determina por la naturaleza de lo principal. De allí que, en principio, la obligación de la cláusula penal se considera con independencia de la obligación principal en relación al cumplimiento por cada uno de los deudores o herederos del deudor.

Así, agrega el profesor citado, sea la prestación principal divisible o indivisible, la cláusula penal se deberá cumplir en su totalidad por cada uno de los codeudores, o sólo por su parte según que el objeto de ésta sea indivisible o divisible.

Finalmente, con relación al tema bajo análisis, conviene destacar el pensamiento de Peirano Facio[3895], quien comparte la línea argumentativa de los autores estudiados y, en este sentido, manifiesta que siendo la obligación principal y la cláusula penal de cosa divisible, la pena se debe solamente por aquel de los herederos del deudor o codeudor que contraviene a la obligación y proporcionalmente a la cuota que le corresponda en el total de ésta. Sin embargo, esta regla admite expresa excepción cuando habiéndose agregado la cláusula penal con el deliberado fin de que la paga no pudiese verificarse por partes, un coheredero hubiese impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad. En este caso puede exigirse de él toda la pena.

Peirano señala el caso en que la obligación principal es de cosa indivisible y la cláusula penal de objeto divisible. En tal sentido, expresa que:

> [...] la contravención de lo establecido en la obligación principal llevada a cabo por uno solo de los obligados (ya sea por sucesión o por contrato) da lugar a que se abra la obligación de pena, no sólo a cargo del contraventor, sino también a cargo de todos los obligados. Sin embargo, en cuanto a la forma en que la pena obliga a los deudores, hay que hacer una distinción cuya fuente es la equidad: el contraventor puede ser obligado al pago total de la pena, en tanto que los demás coherederos, o deudores, sólo pueden ser obligados a prorrata de la parte que les corresponda en la pena total.

Peirano Facio afirma, para el supuesto en que la cláusula penal sea de naturaleza indivisible, pudiendo ser la obligación principal de objeto divisible o indivisible,

3894 Bustamante Alsina, Jorge. *Op. cit.*, p. 182.

3895 Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal. Op. cit.*, pp. 301-303.

que la pena podrá ser íntegramente demandada a cualquiera de los deudores aunque hubiera debido ser prestada sólo por el contraventor si hubiere sido divisible, dejando naturalmente a salvo el derecho de los que no han faltado al contrato para accionar contra aquél por culpa de cuyo incumplimiento incurren en pena.

5.2.3.1.2. Pluralidad de acreedores

El Código Civil peruano ha omitido regular los supuestos en que exista pluralidad de sujetos acreedores.

La solución de los diversos casos que pueden presentarse no origina dificultad si se aplican los principios que hemos expuesto.

Es importante señalar, adicionalmente, que en este tema no existen los problemas relativos a la traslación o no de la culpa del obligado a los demás, que son los que motivan disidencias doctrinales si hay pluralidad de deudores.

Al igual que la pluralidad de deudores, la pluralidad de acreedores se presenta no sólo si existe multiplicidad inicial de sujetos acreedores, sino cuando el sujeto activo fallece dejando varios herederos.

A continuación, estudiaremos cada uno de los supuestos que podrían presentarse:

(a) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza divisible. En este sentido, podemos proponer el siguiente ejemplo: José vende a Eduardo y Jorge 20,000 toneladas de cartón prensado, estipulándose como penalidad para el supuesto de cumplimiento tardío la cantidad de 100 soles por cada día de retraso en la entrega. José entrega a Eduardo 10,000 toneladas, pero no cumple con entregar las 10,000 toneladas restantes a Jorge.

En este caso sólo el coacreedor impago podría demandar la pena por la parte que a él le corresponde. El acreedor a quien se le ha satisfecho su porción en el crédito ha quedado desinteresado; en consecuencia, ningún derecho tiene a reclamar la pena convenida. Por consiguiente, en nuestro ejemplo, José deberá a Jorge 50 soles por cada día de demora.

En esta línea de pensamiento cabe destacar las palabras de Llambías[3896], quien acertadamente explica el fundamento de nuestra posición:

> [...] habiendo tantas obligaciones cuantos acreedores existen, cada sujeto activo no tiene sino derecho a una parte del crédito, o, en caso de ser compensatoria, a una parte de la multa, sin título alguno sobre la parte percibida por el otro acreedor. Y aun en el supuesto de que el deudor hubiese entregado en exceso a uno de los acreedores, no

3896 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 374.

> lo libera de pagar al otro coacreedor la mitad de la pena, porque sería un pago efectuado a un tercero no autorizado, que no exonera al deudor, quien sigue obligado a satisfacer su parte al acreedor impago [...].

Como indicamos al tratar el tema de la pluralidad de acreedores, ella se produce no sólo por la estipulación contractual inicial sino también por el fallecimiento del sujeto activo, que deja herederos. En tal orden de ideas, es preciso señalar, con relación al caso bajo estudio, que compartimos la solución de Laurent[3897], quien manifiesta que si la obligación garantizada por una pena es divisible, se divide entre los herederos del acreedor y cada uno tiene derecho sólo a su parte hereditaria en el crédito. Por lo tanto, si el deudor no cumple la obligación con respecto a uno de los herederos, este último podrá demandar la pena en la proporción de su parte hereditaria. Se supone que la pena es divisible; ésta se divide al mismo tiempo que la obligación principal.

(b) Que la obligación principal sea indivisible y la cláusula penal divisible. Para entender mejor este supuesto, planteamos el siguiente ejemplo: «Luis vende a Jorge su yegua, pactándose que la falta de entrega oportuna será sancionada con la suma de 500 soles. Jorge muere dejando como herederos a Carla y Antonio».

En dicho caso, si Luis no entrega la yegua en el plazo estipulado, cada acreedor, Carla y Antonio, tiene derecho para pedir la parte que le corresponde en la cláusula penal.

Si Luis entrega la yegua objeto de la prestación a Antonio o a Carla en el tiempo convenido, se libera de la obligación con relación a su coacreedor, en la medida en que cumpla con las condiciones previstas por el artículo 1176 del Código Civil.

En esta línea de análisis, conviene destacar el pensamiento de Aguayo Luy[3898], quien expresa que si la obligación principal es indivisible y la cláusula penal divisible, y existe pluralidad de acreedores, acaecida la inejecución cada acreedor tiene derecho a pedir la parte que le corresponde en la cláusula penal.

Por su parte, Boffi Boggero[3899] también postula lo antes señalado, cuando manifiesta que si el deudor incumple y los acreedores optan por la pena, cada uno de los herederos sólo tiene derecho a reclamarla en la

3897 Laurent, François. *Op. cit.*, tomo xvii, p. 462.

3898 Aguayo Luy, Jorge Reynaldo. *La cláusula penal en el ordenamiento civil vigente*. Tesis sustentada para optar el Grado de Bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, Lima, 1988, p. 148.

3899 Boffi Boggero, Luis María. *Op. cit.*, tomo ii, p. 606.

proporción que a él le corresponde. En este caso, el legislador se apartó de la regla de la accesoriedad de la cláusula penal, haciendo prevalecer la naturaleza divisible de la pena por sobre la indivisibilidad de la principal. Por ello, si se tratara de obligaciones donde la mora no se produce de pleno derecho (por ejemplo, existe un plazo tácito o indeterminado), el deudor deberá la pena moratoria sólo al acreedor que lo puso en mora, porque en materia de obligaciones divisibles rige el principio de la separabilidad del régimen de la mora.

(c) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza indivisible. Dentro de tal orden de ideas, podemos apelar al siguiente ejemplo: «Jorge vende a Antonio y a Carla un perro de *pedigrí*, estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación de dar será sancionada con la entrega de una bicicleta».

En dicho caso, el deudor se libera de su obligación entregando el objeto debido a cualquiera de los compradores. Si no cumpliera con entregar el perro de *pedigrí*, cualquiera de los acreedores, Carla o Antonio, podrá exigir el íntegro de la penalidad estipulada, por lo que su pago a uno de ellos liberaría al deudor, sin perjuicio de las acciones que correspondan en la relación interna al sujeto activo que no cobró.

(d) Que la obligación principal sea divisible y la cláusula penal indivisible. Para este supuesto planteamos el siguiente ejemplo: «Eduardo vende a Juan 30,000 toneladas de cartón prensado, acordando que la falta de cumplimiento oportuno dará derecho a que el comprador pueda exigir la entrega de un automóvil determinado. Juan muere dejando como herederos a Antonio y a Carla. Eduardo entrega 15,000 toneladas de cartón prensado a Antonio, pero nada a Carla».

En este caso cabe formular las siguientes interrogantes: ¿quién puede exigir la pena?; ¿cuánto puede reclamarse?

Aquí observamos que no obstante que la cláusula penal es indivisible, parece claro que el acreedor satisfecho, en nuestro ejemplo Antonio, no podría reclamar la penalidad. Por consiguiente, sólo Carla tendría derecho a exigirla.

Salvat[3900], siguiendo esta misma línea argumentativa, sostiene que si la obligación principal es divisible y la pena indivisible y hubiera incumplimiento parcial, «El derecho a exigir la pena únicamente existirá para el acreedor a quien no se le hubiere cumplido la parte de la prestación que le corresponda».

3900 Salvat, Raymundo M. *Op. cit.*, tomo I, p. 262.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este sentido, el coacreedor impago podría exigir la cláusula penal íntegra en razón de su carácter indivisible. Sin embargo, no debemos perder de vista que el deudor ha efectuado un pago parcial y no sería lógico suponer que su situación sea la misma que la del deudor que ha incumplido íntegramente la prestación principal.

Por ello cabe analizar qué efectos produciría el cumplimiento parcial de la prestación principal por el deudor a favor de uno de los coacreedores.

Al respecto, Llambías[3901] expresa que con el pago de la pena íntegra nace a favor del deudor una acción contra el acreedor que percibió la pena *in totum,* por el valor en que se hubiera estimado el pago del acreedor a quien se desinteresó mediante el pago parcial de la principal.

Para Salvat, en cambio, el sujeto activo que no percibió la pena tendría contra el que la recibió una acción recursiva por el valor de su parte, pero como el sujeto activo había sido desinteresado, esta acción se trasladaría al deudor.

En respuesta al argumento de Salvat, Llambías señala que el acreedor desinteresado no puede transmitir al deudor una acción que nunca tuvo. En efecto, precisa, «Él careció desde siempre del derecho a la pena y, por ende, nada puede transferir al deudor: "*nemo dat quod non habet*" (nadie da lo que no tiene)». En consecuencia, Llambías concluye indicando que este crédito del deudor contra el acreedor que percibió la pena por el valor de la prestación parcialmente cumplida, deriva de los principios que informan el enriquecimiento sin causa.

En nuestra opinión, el cumplimiento parcial de la obligación principal debería tener como efecto la reducción de la penalidad, pero ¿cómo se procedería a tal reducción si la cláusula penal es de naturaleza indivisible?

Dada esta dificultad, compartimos lo expuesto por Llambías, pues si permitiéramos que el acreedor impago haga suya la pena entera se produciría un enriquecimiento sin causa, más aún si el acreedor satisfecho no tendría acción contra su coacreedor en razón de que éste carecería del derecho a exigir la pena convencional.

5.2.3.1.3. Pluralidad de deudores y de acreedores

Antes de analizar cada uno de los supuestos que podrían presentarse cuando exista pluralidad de deudores y de acreedores, es importante señalar que el Código Civil no regula dichos casos.

3901 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Op. cit.,* tomo I, p. 377.

A nuestro entender, su solución se reduce a aplicar los principios antes expuestos, aunque desde luego ellos ofrecen mayor complejidad.

Dentro de tal orden de ideas se podrían presentar las siguientes posibilidades:

(a) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza divisible. En este caso se trataría del siguiente ejemplo: «Juan y Pedro se comprometen en entregar a Luis y a Alfredo cuatro bicicletas de carrera (nuevas e idénticas), obligándose, en caso de incumplimiento, a pagar una penalidad de US$ 500.00».

En dicho supuesto cada acreedor sólo podría exigir a cada deudor una bicicleta, porque cada uno tiene una porción del 50 % del crédito. Asimismo, en caso de incumplimiento cada acreedor tendría derecho a reclamar de cada deudor US$ 125.00, en razón de que su cuota-parte en la cláusula penal es de US$ 250.00.

Si, en nuestro ejemplo, Juan entregara a Luis y a Alfredo una bicicleta a cada uno, Juan nada debería y los acreedores nada podrían exigirle.

Ahora bien, si Pedro sólo cumpliera con entregarle a Luis una bicicleta y Juan nada entregara a ninguno de los coacreedores, tendríamos como resultado que Pedro deberá entregar una bicicleta a Alfredo o, si éste le exige la penalidad, deberá pagar la suma de US$ 125.00. Por otra parte, Juan deberá a cada uno de los acreedores una bicicleta o, en su defecto, su cuota correspondiente en la cláusula penal, es decir US$ 125.00 a cada uno.

(b) Que la obligación principal sea indivisible y la cláusula penal divisible. Para una mejor comprensión del presente caso, recogemos el siguiente ejemplo: «Raúl y Sebastián venden a María y a Luisa un automóvil, obligándose a pagar por cada día de retraso en la entrega la suma de US$ 200.00».

En ese supuesto, las acreedoras tendrían derecho a exigir a cualquiera de los deudores la entrega del automóvil. Si esta obligación no se cumpliera, cada acreedora sólo podría demandar a cada deudor la suma de US$ 50.00.

Finalmente, si el automóvil no se entregara por culpa exclusiva de uno de los deudores, el deudor no culpable tendría expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (argumento del artículo 1350 del Código Civil peruano).

(c) Que la obligación principal y la cláusula penal sean de naturaleza indivisible. Para este supuesto, reseñamos el siguiente ejemplo: «Juan y Pedro venden a María y a Luisa un caballo de *pedigrí* (bien cierto), estipulándose que la falta de cumplimiento de la obligación será sancionada con la entrega de un automóvil (bien cierto)».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este caso, la obligación se extinguiría para cualquiera de los deudores si uno de ellos cumple con la obligación de entregar el caballo de *pedigrí* a cualquiera de las compradoras, en las condiciones previstas por el artículo 1176 del Código Civil. Sin embargo, si no se entregara, cualquiera de los deudores responderá ante cualquiera de las acreedoras por la cláusula penal pactada, teniendo derecho el codeudor no culpable a reclamar de aquél que dio lugar a que se aplicara la penalidad.

(d) Que la obligación principal sea divisible y la cláusula penal indivisible. Representamos este supuesto con el siguiente ejemplo: «Juan y Pedro venden a Antonio y a Luis 8,000 toneladas de cartón prensado, conviniéndose para la falta de cumplimiento una penalidad cuyo objeto consiste en la entrega de una máquina de determinadas características».

En este caso, si Juan entregara a Antonio y a Luis 2,000 toneladas de cartón prensado a cada uno y Pedro incumpliera su obligación, tanto Juan como Pedro deberían la máquina, pues siendo la cláusula penal de naturaleza indivisible, cada deudor estaría obligado a pagar la pena íntegra.

Por otra parte, si Juan y Pedro hubiesen entregado a Antonio 2,000 toneladas de cartón prensado cada uno, dicho acreedor nada podría exigir y sólo Luis estaría en condiciones de solicitar la entrega de la máquina.

Sin embargo —como se ha señalado al estudiar el tema de la pluralidad de acreedores—, los deudores se verían perjudicados, ya que no obstante que habrían cumplido parcialmente la obligación, deberían el total de la pena.

Por ello, conforme a la posición adoptada al respecto, somos de la opinión de que los deudores tendrían acción contra Luis para la restitución del valor proporcional de la prestación parcialmente ejecutada.

5.2.3.2. Mancomunidad o solidaridad en la cláusula penal

Antes de ingresar al análisis de este tema, señalamos que, al igual que en los casos de la divisibilidad e indivisibilidad de la cláusula penal, distinguiremos entre la pluralidad de deudores, la pluralidad de acreedores y la pluralidad simultánea de sujetos activos y pasivos.

5.2.3.2.1. Pluralidad de deudores

Si la cláusula penal es mancomunada, cada codeudor responderá únicamente por su parte (en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1182 del Código Civil). Por el contrario, si la cláusula penal es solidaria, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro (artículo 1349 del Código Civil), pero pagada por uno completamente, termina para los demás la obligación de satisfacerla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Precisa indicarse que los codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena (artículo 1350 del Código Civil).

El Código, como se ha señalado, prevé esta materia en su artículo 1349, que prescribe lo siguiente: «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».

El precepto citado contempla la situación en que la cláusula penal, siendo por la naturaleza de su objeto divisible, no es susceptible de cumplimiento parcial por haberse estipulado expresamente la solidaridad entre los diversos obligados (la solidaridad no se presume, según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil), tal como si se hubiera convenido que si no se ejecuta el objeto de la obligación principal, los coobligados pagarán solidariamente la multa de tantos soles diarios.

Hecha esta aclaración, podemos extraer algunas conclusiones de lo dispuesto por el artículo 1349 bajo comentario:

(a) Con respecto al primer párrafo.

(a.1) Si la penalidad fuese solidaria y divisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente.

(a.2) Si la penalidad fuese solidaria e indivisible, cada uno de los deudores quedará obligado a satisfacerla íntegramente. Esta conclusión se deriva del tratamiento que el Código Civil otorga a la indivisibilidad y a la solidaridad.

(b) Con respecto al segundo párrafo. Como se recuerda, la solidaridad, a diferencia de las reglas sobre mancomunidad, divisibilidad e indivisibilidad, se hereda con carácter mancomunado.

(b.1) Si la cláusula penal fuese solidaria y divisible, los herederos del deudor deberán satisfacerla en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia. Sin embargo, en este caso los herederos reunidos serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros codeudores.

Por lo demás, la solidaridad subsiste, respecto a la cláusula penal, en cuanto a los codeudores originarios que se mantienen con vida.

(b.2) Si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del codeudor quedará obligado a satisfacer la penalidad íntegramente, en la misma condición que los otros codeudores, pues si bien la obligación solidaria se hereda como mancomunada, la indivisibilidad sí se hereda en la misma condición de indivisible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.2.3.2.2. Pluralidad de acreedores

El Código Civil —al igual que en el caso de la divisibilidad e indivisibilidad de la cláusula penal— no se ha colocado en la hipótesis de la pluralidad de acreedores para el tema bajo análisis.

Ello es metodológicamente explicado con el fin de evitar la reiteración de normas. En consecuencia, no encontramos dificultad alguna para aplicar al tema las reglas antes expuestas.

Se comprende, desde luego, que si la cláusula penal es mancomunada y divisible, cada acreedor podrá exigir al deudor la proporción de su parte correspondiente en la pena.

Si la cláusula penal es solidaria, sea su objeto de naturaleza divisible o indivisible, cualquiera de los coacreedores podrá exigir el íntegro de la pena al deudor, pudiendo éste efectuar el pago a cualquiera de ellos, aun cuando hubiese sido demandado sólo por alguno (argumento del artículo 1185 del Código Civil). Sin embargo, el acreedor que cobra la deuda responderá ante los demás de la parte que les corresponda en la obligación (artículo 1190 del Código Civil).

Ahora bien, si aplicamos la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 1349 para este supuesto, podemos afirmar lo siguiente:

(a) Teniendo en cuenta que la solidaridad se hereda como mancomunidad (artículo 1187, segundo párrafo), si la cláusula penal fuese solidaria y divisible y se produjera el fallecimiento de uno de los coacreedores solidarios, los herederos de éste sólo podrían exigir al deudor la penalidad en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia, siendo considerados como un solo acreedor en la relación con los otros coacreedores, ya que el fallecimiento de alguno de los coacreedores no hace desaparecer la solidaridad respecto a los demás coacreedores originarios.

(b) Si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del coacreedor solidario podrá exigir el pago íntegro de la penalidad al deudor, en concurrencia con los demás coacreedores solidarios, pues si bien la solidaridad se hereda como mancomunidad, la indivisibilidad se hereda en la misma condición (es decir, de manera indivisible, según lo dispuesto por el artículo 1177 del Código Civil). Como ha sido señalado, cuando se produce la concurrencia de aplicación entre normas de las obligaciones divisibles (preceptos por los que se rigen las obligaciones mancomunadas, según lo previsto por el artículo 1182 del Código Civil) y de las obligaciones indivisibles, priman estas últimas. Aquí la exigibilidad por el íntegro se impone debido a la naturaleza propia del objeto de la pena.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

5.2.3.2.3. Pluralidad de deudores y de acreedores

Al igual que para el caso de pluralidad de acreedores, el Código Civil acertadamente ha omitido regular este supuesto.

Si la cláusula penal es mancomunada y divisible, cada codeudor responderá únicamente por la parte que le corresponda en la cláusula penal ante el requerimiento de pago por cualquiera de los coacreedores. Asimismo, cada coacreedor sólo podrá reclamar a cada codeudor en proporción a su cuota en la pena convencional.

Si la cláusula penal se ha estipulado como solidaria, sea su objeto de naturaleza divisible o indivisible, cada uno de los codeudores responderá por el íntegro frente al requerimiento de ésta por cualquiera de los coacreedores, pero pagada por uno completamente termina para los demás la obligación de satisfacerla. En este caso, los codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena.

Por otro lado, cada uno de los coacreedores podrá exigir el total de la cláusula penal a cualquiera de los codeudores solidarios o a todos ellos simultáneamente (argumento del artículo 1186 del Código Civil), pudiendo los codeudores efectuar el pago a cualquiera de los coacreedores solidarios, aun cuando hubiese(n) sido demandado(s) sólo por alguno. Sin embargo, el coacreedor que cobra la deuda responderá ante los demás por la parte que les corresponda en la pena.

Ahora bien, si aplicamos la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 1349 del Código Civil para el supuesto bajo análisis, debemos expresar lo siguiente:

(a) Si la cláusula penal es solidaria y divisible, y se produjera el fallecimiento de un codeudor o de un coacreedor solidario —teniendo presente que la solidaridad se hereda como mancomunidad—, los herederos deberán satisfacer o exigir la pena respectivamente, en proporción a sus correspondientes participaciones en la herencia, siendo considerados como un solo codeudor o un solo coacreedor en la relación con los otros codeudores o coacreedores originarios, ya que el fallecimiento de alguno de ellos no hace desaparecer la solidaridad respecto de los demás.

(b) Por otra parte, si la cláusula penal fuese solidaria e indivisible, cada uno de los herederos del codeudor o coacreedor solidario podrá satisfacer o exigir el pago del íntegro de la penalidad, en concurrencia con los demás codeudores o coacreedores originarios. Esta solución encuentra sustento en los mismos argumentos antes señalados para los casos de pluralidad de deudores y de acreedores.

5.2.3.3. Derechos de los codeudores no culpables del incumplimiento

El artículo 1350 del Código Civil peruano dispone que: «Los codeudores que no fuesen culpables tienen expedito su derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la aplicación de la pena».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dicha norma tiene aplicación en los casos en que las obligaciones principales garantizadas con cláusulas penales sean divisibles, indivisibles, mancomunadas o solidarias, porque el precepto sólo se refiere a la penalidad pactada, mas no a la obligación principal, ya que el cumplimiento de ésta se rige por las reglas analizadas al estudiar las obligaciones con pluralidad de sujetos.

El artículo 1350 simplemente prescribe que una vez producido el incumplimiento, y al deberse éste a causas imputables a uno o a algunos de los codeudores, el o los demás codeudores no culpables tendrán expedito su derecho para reclamar internamente al deudor culpable, a fin de que sólo él asuma el íntegro del monto de la penalidad pagando al acreedor o acreedores comunes.

Justificando la solución expuesta, Laurent[3902] escribe que la ley da a los deudores (codeudores dentro de la previsión diligente del artículo 1350 del Código Civil peruano) no culpables un recurso contra aquél que ha hecho incurrir en la pena. Este recurso está fundado en la equidad. Si los herederos que no contravinieron a la obligación han tenido que pagar su parte en la pena, ello es debido a la falta del coheredero que contravino a la obligación, que no cumpliendo con una obligación indivisible ha hecho exigible la pena por el todo; pero la pena supone la imputabilidad, no se concibe que aquél a quien la inejecución de la obligación no es imputable deba soportar una parte de la pena; si él ha debido pagar en virtud del rigor legal, la equidad exige que tenga un derecho a ejercer contra aquél que siendo sólo culpable debe también soportar las consecuencias de su falta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3902 LAURENT, François. *Op. cit.*, tomo XVII, pp. 460 y 461.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1. AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.
2. ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. 4.ª edición. Santiago de Chile: Temis, 1998, tomo II.
3. AGUAYO LUY, Jorge Reynaldo. *La cláusula penal en el ordenamiento civil vigente.* Tesis sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. Lima, 1988.
4. ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil.* Barcelona: Librería Bosch, 1997, tomo II, volúmenes I y II; tomo III, volumen I.
5. ALBALADEJO, Manuel. *El negocio jurídico.* 2.ª edición. Barcelona: Librería Bosch-Ronda Universidad, 1993.
6. ALBALADEJO, Manuel. *Tratado de Derecho Civil.* Barcelona: Librería Bosch, 1980, tomo II, volumen II.
7. ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*. Granada: Comares, 1997.
8. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA. *Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones.* Santiago de Chile: Nascimiento, 1941, volumen I, tomos I y III.
9. ALPA, Guido. «¿Hacia dónde se dirige la responsabilidad civil?» En *Estudios de responsabilidad civil.* Lima: Ediciones Legales, 2015.
10. ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones.* Lima: Ara Editores, 2001.
11. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
12. ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Temas de responsabilidad civil.* Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Dike, 1995.
13. ALTERINI, Atilio Aníbal, Oscar José AMEAL y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Curso de Obligaciones.* Buenos Aires: Perrot, 1988, tomos I y II.
14. ALTERINI, Jorge Horacio. «Obligaciones de resultado y de medios». En *Enciclopedia Jurídica Omeba.* Neuquén: Editorial Bibliográfica Argentina, 1990, tomo XX.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

15. Alvarado Sánchez, Javier. «La responsabilidad civil por actos ilícitos y el sistema del nuevo Código Civil». En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año VIII. Lima, 1944.

16. Ameal, Oscar José. «Astreintes e indemnización». En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

17. Amunátegui Rodríguez. *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, 1993.

18. *Anales Judiciales*, 1981.

19. *Anales Judiciales*, tomo LXXVIII.

20. Arangio Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

21. Arias Ramos, José y Juan Antonio Arias Bonet. *Derecho romano*. Madrid: Edersa, 1986, tomo II.

22. Arias-Schreiber Pezet, Max. *Luces y sombras del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Librería Studium, 1992, tomos I y II.

23. 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.

24. Arias-Schreiber Pezet, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1989, tomos II y III.

25. Arnaud, André-Jean. *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*. París: Bibliothèque de Philosophie du Droit. Vol. XVI. Libraire Générale de Droit et Jurisprudence, 1973.

26. Arrarte Arisnabarreta, Ana María. «Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano». En *Doctrina contemporánea*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003.

27. Aubry, Charles y Charles Frédéric Rau. *Cours de Droit Civil français*. París: Imprimerie et Librairie General de Jurisprudence. Marchall, Billard et Cie. Imprimeurs Éditeurs, 1871, tomo IV.

28. Avelino Sánchez, Esteban. *Cálculo de intereses y actualización de deudas tributarias*. Lima: Editorial San Marcos, 1994.

29. Avendaño Valdez, Jorge. «Clasificación de los bienes en función del registro». En *Revista Jurídica del Perú*, año XI, n.° 10, enero-marzo, 1997.

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

31. Badani Chávez, Rosendo. *Obligaciones y contratos. Primera parte: obligaciones.* Lima: Imprenta Atlántida, s/f., Tercer curso de Derecho Civil, dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

32. Badenes Gasset, Ramón. *El contrato de compraventa.* Barcelona: Librería Bosch, 1979, tomo I.

33. Banchio, Enrique Carlos. *Obligaciones de valor.* Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1975.

34. Banchio, Enrique Carlos. *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones.* Buenos Aires: Depalma, 1973.

35. Barassi, Lodovico. *Instituciones de Derecho Civil.* Barcelona: José María Bosch Editor, 1955, tomo II.

36. Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado. Obligaciones.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967, tomo III.

37. Barchi Velaochaga, Luciano. «Cesión de derechos en controversia». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

38. Barchi Velaochaga, Luciano. «Definición de cesión de derechos». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

39. Barchi Velaochaga, Luciano. «Formalidad de la cesión». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

40. Barchi Velaochaga, Luciano. «Pérdida del bien». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

41. Barchi Velaochaga, Luciano. «Presunción de culpa por pérdida o deterioro del bien». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

42. Barchi Velaochaga, Luciano. «Principio de identidad en la obligación de dar bien cierto». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

43. Barchi Velaochaga, Luciano. «Principio valorista». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

44. 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*, 1995, tomo II.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

45. 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.° 3, Lima, agosto de 1991.

46. Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes, 1921, volumen II.

47. Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Traité de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil J-B Sirey et du Journal du Palais, Ancienne Maison La Rose et Foicel, 1908, tomos II, III, IV y XIX.

48. Baudry-Lacantinerie, Gabriel. *Précis de Droit Civil*. París: Librairie de la Societé du Recueil Gal des Lois et des arrêts, 1896, tomo II.

49. Baudry-Lacantinerie, Gabriel y Louis Barde. *Traité théorique et practique de Droit Civil. Des Obligations*. París: Larose et Forcel, 1900, tomo II.

50. Becerra Toro, Rodrigo. *Obligaciones civiles. Fuentes y formas*. Bogotá: Temis, 1987.

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

52. Bélime, William. *Philosophie du Droit ou cours d'introduction a l'etude du Droit*, 1848, tomo II.

53. Beltrán Pacheco, Jorge. «Prueba de pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

54. 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.

55. Beltrán Pacheco, Jorge Alberto y Marco Andrei Torres Maldonado. «La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria». En *Los contratos: consecuencias jurídicas de su incumplimiento.* Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

56. Benati, Francesca. «Incumplimiento de contrato y *punitive damages*». En *Estudios sobre la responsabilidad civil.* Lima: Ediciones Legales, 2015.

57. 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.° 30. Lima, 1994.

58. Betti, Emilio. *Teoría general de las Obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

59. Biedma, Alejandro. *Mora automática*. Buenos Aires: Astrea, 1986.

60. Bigio Chrem, Jack. *Comisión Revisora del Código Civil*. Lima: Comisión Revisora del Código Civil, 1998.

61. Bigio Chrem, Jack. «La transacción. Exposición de Motivos del Código Civil». En diario oficial *El Peruano*. Separata especial. Lima, lunes 3 de diciembre de 1990.

62. Bigliazzi Geri, Lina, Umberto Breccia, Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli. *Diritto Civile 3. Obgligazioni e contratti*. Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1992.

63. Block Castilla, Carlos G. *Las astreintes o intereses de demora: ¿por qué deben ser incorporadas a nuestra legislación?* Tesis de bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1977.

64. Boffi Boggero, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1979, tomos I, II, III y IV.

65. Bonet Ramón, Francisco. *Derecho Civil. Parte general*. Madrid: 1959, tomo I.

66. Bonfante, Pietro. *Instituciones de Derecho romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1959.

67. Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Traducción de José M. Cajica Jr. Puebla: Biblioteca Jurídica-Sociológica, 1945, tomo II.

68. Borda, Guillermo A. *Manual de contratos*. Buenos Aires: Perrot, 1989.

69. Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 8.ª edición. Buenos Aires: Perrot, 1986, tomo I.

70. Borda, Guillermo A. *La reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971.

71. Borda, Guillermo A. «La reforma del Código Civil. Mora». En: *E.D.*, tomo XXIX.

72. Borja Soriano, Manuel. *Teoría de las Obligaciones*. México: Porrúa, 1994.

73. Boza Pro, Guillermo. «Algunas consideraciones acerca de las obligaciones facultativas en el Código Civil Peruano de 1984». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 6. Lima, 1987.

74. Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». En *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto Morello*. La Plata: Librería Editorial Platense, 1981.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

75. Brebbia, Roberto H. *Hechos y actos jurídicos.* (Comentarios a los artículos 869 a 943 del Código Civil, doctrina y Jurisprudencia). Buenos Aires: Astrea, 1979.

76. Brebbia, Roberto H. *El daño moral*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

77. Brown, John Prather. «Economic theory of liability rules». In Newman, Peter. *The new palgrave dictionary of economics and the law.* London: MacMillan, 1998, <http://people.ucsc.edu//~wittman/book.pdf>.

78. Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Ábaco, 1979.

79. Bullard González, Alfredo. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales.* 2.ª edición. Lima: Palestra, 2006.

80. Bullard González, Alfredo. «La propiedad inconclusa». En *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIV, n.° 29, Lima, 2004.

81. Bullard González, Alfredo. «Los sistemas de transferencia de propiedad». En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003.

82. Busso, Eduardo B. *Código Civil anotado. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1951, tomos II, III, IV y V.

83. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil.* 6.ª edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

84. Caballero Lozano, José. *La mora del acreedor*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992.

85. Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual.* 15.ª edición. Buenos Aires: Heliasta, 1982, tomos II, III, V, VI, VII y VIII.

86. Cáceres, Horacio. «La cláusula penal en las obligaciones contractuales». En *Homenaje a Pedro León*. Córdoba, 1976.

87. Cajarville, Juan Pablo. *Régimen legal de los intereses, Delito de usura.* Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1980.

88. Cajas Bustamante, William. *Código Civil.* Lima: Rodhas, 2006.

89. Cannata, Carlo Augusto. «Le obligazioni in generale». En *Trattato di Diritto Privato,* diretto da Pietro Rescigno. *Obbligazioni e contratti.* Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1999, volumen 9.

90. Cano, José Ignacio. *La mora.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

91. Carbonnier, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971, tomo II, volumen II.

92. Cardenal Fernández, Jesús. *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Montecorvo, 1979.

93. Cárdenas Quirós, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad. (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)». En *Folio Real.* Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, n.° 3, año 1. Lima, noviembre 2000.

94. Cárdenas Quirós, Carlos. *Reforma del Código Civil peruano. Doctrina y propuesta*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998.

95. Cárdenas Quirós, Carlos. «Intereses legales e indemnización de daños (acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)». En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año V, n.° 8, Lima, junio de 1994.

96. Cárdenas Quirós, Carlos. «Reflexiones sobre la mutabilidad e inmutabilidad de la pena contractual». En *Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1990.

97. Cárdenas Quirós, Carlos. «La mora del deudor en las obligaciones de no hacer». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 12. Lima, 1988.

98. Carnevali, Magali. «Elementos de la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio». En *Anuario de la Universidad Los Andes*, n°17, Facultad de Ciencias Jurídicas, Venezuela.

99. Carrión Lugo, Jorge. *Análisis del Código Procesal Civil*. Lima: Cultural Cuzco, 1994, tomo I.

100. Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil español, común y floral*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, tomo III.

101. Castañeda, Jorge Eugenio. «Noción de la mora». En *Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n.° 8. Lima, diciembre de 1986.

102. Castañeda, Jorge Eugenio. «La responsabilidad contractual en el nuevo Código Civil de Italia, en comparación con la del Código del Perú y la del Código Civil de Alemania». En *Revista de Jurisprudencia Peruana,* n.° 236, año XXI. Lima, septiembre de 1963.

103. Castañeda, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones*. Lima: Editorial Villanueva, 1957, tomos I, II y III.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

104. Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023, tomo I.

105. Castillo Freyre, Mario. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023.

106. Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas, naturales y jurídicas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

107. Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, tomos I y II.

108. Castillo Freyre, Mario. *Derechos Reales. Principales y de garantía*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

109. Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Quinta parte). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, volumen 81.

110. Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Cuarta parte). Tentaciones Académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, volumen 75.

111. Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Tercera parte). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2018, volumen 61.

112. Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Segunda parte). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2017, volumen 50.

113. Castillo Freyre, Mario. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2016, volumen 35.

114. Castillo Freyre, Mario. «El aporte del doctor Felipe Osterling Parodi al Derecho de las Obligaciones». En *Reflexiones en torno al Derecho Civil: a los treinta años del Código*. Lima: Ius et Veritas, 2015.

115. Castillo Freyre, Mario. *La venta de bien ajeno. 20 años después*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010.

116. Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Palestra Editores; Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, tomos I y II.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

117. Castillo Freyre, Mario. ¿Por qué no se debe reformar el Código Civil? Lima: Palestra Editores; Cátedra Garrigues-Universidad de Navarra; Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

118. Castillo Freyre, Mario. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria.* Lima: Palestra Editores, 2006.

119. 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.

120. Castillo Freyre, Mario. «Doce razones para pensarlo bien». En Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Cuatro temas de hoy.* Lima: Asociación Civil Derecho & Sociedad, 2005.

121. Castillo Freyre, Mario. «Veinte años de Derecho de Obligaciones». En *El Derecho.* Revista del Colegio de Abogados de Arequipa, n.° 305. Arequipa: Colegio de Abogados de Arequipa, diciembre 2004.

122. Castillo Freyre, Mario. *Estudios sobre el contrato de compraventa.* Lima: Ediciones Legales, 2003.

123. Castillo Freyre, Mario. *Comentarios al contrato de compraventa.* Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

124. Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, volumen XVIII, tomo III.

125. Castillo Freyre, Mario. *El contrato de compraventa en el Código Civil peruano de 1984.* Tesis con la que optó el grado académico de doctor en Derecho en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

126. Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo I.

127. Castillo Freyre, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta.* Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

128. Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa.* Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen XIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

129. Castillo Freyre, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos.* Lima: Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología - Concytec, 1990.

130. Castillo Freyre, Mario; con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Derecho de las Obligaciones.* Colección Lo esencial del Derecho, vol. 13. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

131. Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto jurídico.* Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

132. Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.

133. 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.° 35. Lima, junio 1997.

134. Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Compendio de Derecho de las Obligaciones.* La Plata: Editorial Platense, 1986, tomos I y II.

135. Cazeaux, Pedro N. y Félix A. Trigo Represas. *Derecho de las Obligaciones.* La Plata: Platense, 1969, tomo I.

136. Cazeaux, Pedro N., Roberto Brebia, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Mosset Iturraspe y Eduardo Zannoni. *Temas de Derecho Civil.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1980.

137. Cifuentes, Santos. «El daño moral y la persona jurídica». En *Derecho de Daños.* Buenos Aires: La Rocca, 1989.

138. Cigüeñas, Benedicto. «Costo del crédito: mito que va desapareciendo». En *Revista Moneda*, n.° 70, año 5, abril 1994.

139. Chironi, G. *La culpa en el Derecho Civil moderno.* Madrid: Hijos de Reus, 1907.

140. *Code Civil de la province de Québec. Revue et modifié en conformité de la legislation. Mai 1979 inclusivement, par Lise* Saintonge-Poitevin, LL., L. Montréal: Wilson et Lafleur Limitée, 1979.

141. *Code Civil français.* Paris: Librairie Dalloz, 1914.

142. *Code Civil suisse.* Berne: Office Central Fédéral des imprimés et du matériel, 1983.

143. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante.* Lima: Editorial LP, 2024.

144. *Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires: Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-Presidencia de la Nación, 2014.

145. *Código Civil colombiano.* Bogotá: Legis Editores, 2000.

146. *Código Civil chileno.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

147. *Código Civil de la República Argentina y legislación complementaria.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

148. *Código Civil de la República del Paraguay*. Asunción: Edición oficial, 1985.

149. *Código Civil peruano de 1984*. Edición oficial. Lima: Editora Perú, 1984.

150. *Código Civil venezolano*. Caracas: Editorial La Torre, 1982.

151. *Código Civil español*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

152. *Código Civil de la República Argentina de 1871*. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, 1889.

153. *Código Civil del Reino de Italia. Stab. Tip*. Milán: Libreria Sitta Edit. F. Mancini, 1865.

154. *Código Civil ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, s/f.

155. Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil*. Traducido por Demófilo de Buen y puesto al día por M. Battle. 4.ª edición. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1960, tomo III.

156. Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomos II, III y IV.

157. Colin, Ambroise y Henri Capitant. *Cours éléméntaire de Droit Civil français*. París: Librairie Dalloz, 1924, tomos II y IV.

158. Colmet de Santerre, Édouard. *Cours analytique de Code Civil de A. M. Demante*. 2.ª edición. París: Plon, 1883, tomo V.

159. Colmo, Alfredo. *De las Obligaciones en general*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

160. Colmo, Alfredo. *De las Obligaciones en general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

161. Colmo, Alfredo. *Tratado teórico práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil argentino. De las Obligaciones en general*. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez Bernardo de Irigoyen, 1920.

162. Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852. *Actas de las sesiones*. Lima: Imprenta Castrillón, 1928, fascículos II, V y VI.

163. Comisión Revisora del Código Civil peruano de 1936. *Actas de las sesiones*. Sesión de 6 de agosto de 1936, copias mecanográficas. Lima, 1936.

164. Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law and economics*. Harper Collins Publishers, 1988.

165. Cornejo, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Lima: 1938, tomo II, volumen I.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

166. Cornejo Chávez, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Lima: Librería Studium, 1985, tomo II.

167. Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

168. Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1982.

169. Cuentas, Raúl. «La mora en las obligaciones de no hacer». En diario oficial *El Peruano*. Lima, 12 de agosto de 1997.

170. Dalloz, Armand. *Codes annotés*. París, 1905 a 1907.

171. Dalloz, Armand. *Dictionnaire général et raisonné de legislation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de Droit Public*. París: Bureau de la Jurisprudence Générale Rue des Beaux Arts 5, 1844.

172. Dato Iradier, Eduardo, en la introducción a la obra de Giorgi, Giorgio. «Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno», volumen I. En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909.

173. Dávila González, Javier. *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Montecorvo, 1992.

174. De Aguiar Dias, José. *Tratado de responsabilidad civil*. México: Cajica, tomo I.

175. De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Artes Gráficas, 1959, tomo II.

176. De Diego, Felipe Clemente. *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid: Artes Gráficas Julio San Martín, 1930.

177. De Gásperi, Luis. *Tratado de Derecho Hereditario. Parte general*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953, tomo II.

178. De Gásperi, Luis. *Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1945-1946, tomos I, II y III.

179. De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. 2.ª edición. Lima: Palestra Editores, 2008, tomo I.

180. De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999.

181. De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Segunda parte. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, volumen XV, tomo VI.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

182. De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general.* Primera parte. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, volumen XI, tomos II y III.

183. De la Puente y Lavalle, Manuel. «Algunas cuestiones sobre la promesa de la obligación o del hecho de un tercero». En *Estudios jurídicos en honor a los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet.* Lima: Cultural Cuzco, 1988.

184. De la Puente y Lavalle, Manuel. «La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984». En *Biblioteca para leer el Código Civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, volumen I.

185. De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado.* Lima: Cultural Cuzco Editores, 1983, tomos I y II.

186. 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.

187. De la Vega Vélez, Antonio. *Bases del Derecho de Obligaciones.* Bogotá: Temis, 1978.

188. De Malleville, Jacques. *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au conseil d'État.* París: Librairie de la Cour de Cassation. Palais de Justicie, 1822, n.° 9, tomo III.

189. De Mundo, José A. Martín. «El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia». En *La Ley,* n.° 62. Argentina, 1951.

190. De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid: Instituto Editorial Reus, 1944, tomo II.

191. De Ruggiero, Roberto y Fulvio Maroi. *Instituzioni di Diritto Privato.* Volumen II. Reelaborada según el nuevo Código. Milán-Mesina: Editrice Giuseppe Principato, 1947.

192. De Soto, Hernando. «La ley y la propiedad fuera de Occidente: algunas ideas para combatir la pobreza». En *Thémis.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 48. Lima, 2004.

193. De Soto, Hernando. *El otro sendero.* Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1987.

194. Delgado Scheelje, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En *Cátedra.* Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores, 1998, n.° 3, año 3.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

195. Demante, Antoine-Marie y Édouard Colmet de Santerre. *Cours analytique de Code Civil*. París: s/e, 1887, tomos V y VII.

196. Demogue, René. *Traité des Obligations en général*. París: Rousseau, 1931, tomo VI.

197. Demogue, René. *Traité des Obligations en général*. París: Librairie Arthur Rousseau, Rousseau et Cie., 1923, tomos I, III y V.

198. Demolombe, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionelles en général*. París: A. Lahure, 1880, tomo XXVI, n.° 687.

199. Demolombe, Charles. *Cours de Code Napoléon*. París: Auguste Durand y L. Hachette et Cie. Libraires, 1870, tomos XXIV, XXVI, XXVII, XXVIII.

200. *Digesto*, Libro LXVI, título 1.

201. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, volúmenes I y II.

202. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. 4.ª edición. Madrid: Tecnos, 1993, tomo I.

203. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1979, tomo I.

204. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 2002, volumen I.

205. Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1985, volúmenes I, II y III.

206. Domínguez Hidalgo, Carmen. «La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil chileno y comparado». En: *Revista Chilena de Derecho,* volumen 25, número 1. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998.

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

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

209. Duranton. *Cours de Droit Civil suivant le Code français*. Bruselas: s/e, 1841, tomo IX.

210. Editora Jurídica Grijley. *Jus-Doctrina y Práctica*, n.° 1. Lima: Grijley, 2007.

211. Editora Normas Legales. *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria.* Trujillo: Editora Normas Legales, 2000.

212. Editora Normas Legales. *Revista Peruana de Jurisprudencia.* Trujillo: Normas Legales, año II, n.° 3, 2000.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

213. Editora Normas Legales. *Jurisprudencia civil.* Trujillo: Editora Normas Legales, 1993.

214. Editora Normas Legales. *Normas Legales*, n.° 240.

215. *El Peruano*. Lima: 1 de agosto de 2006; 3 de noviembre de 2004; 15 de marzo de 2003; 12 de setiembre de 2002; 25 de agosto de 2000; 8 de octubre de 1999; 22 de enero de 1999; 16 de enero de 1999; 12 de enero de 1999; 4 de diciembre de 1998; 17 de noviembre de 1998; 4 de agosto de 1998; 3 de junio de 1998; 3 de mayo de 1998; 3 de abril de 1998.

216. Emiliani Román, Raimundo. *Conferencias de Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1980.

217. *Enciclopedia Barsa*. México: Ediciones Encyclopaedia Britannica Publishers, 1985, tomo VIII.

218. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina Sociedad de Responsabilidad Limitada, 1955-1956, tomos II y V.

219. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*. Madrid: Espasa Calpe, s/f, tomo XVIII.

220. Engel, Pierre. *Traité des Obligations en Droit suisse*. Neuchatel: Editions Ides et Calendes, 1973.

221. Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Doctrina general.* Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1947, volumen I, tomo II.

222. Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Traducido por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, tomo II, volúmenes I y II.

223. Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia.* París: Garnier, 1869.

224. Espín Alaba, Isabel. *La cláusula penal.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.

225. Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil.* Lima: Rodhas, 2011.

226. Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial.* 2.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

227. Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial.* Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

228. Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*. 5.ª edición. Lima: Rodhas, 2006.

ESTUDIO PIO CASTILLO FREYRE

229. Espinoza Espinoza, Juan. *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Grijley, 1998.

230. Espinoza Espinoza, Juan. *La responsabilidad civil.* Versión digital.

231. Exner, Adolfo. «De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil romano y en el actual». En *Enciclopedia Jurídica Omeba*, 1905, tomo II.

232. Fernández Arce, César. *Código Civil. Derecho de Sucesiones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, tomos I y III.

233. Fernández Cruz, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 30. Lima, 1994.

234. Fernández Cruz, Gastón. «La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y economía». En *Derecho*. Revista de Derecho editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 45. Lima, 1991.

235. Fernández Cruz, Gastón. «La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles». En *Derecho PUCP*. Revista de Derecho editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 41. Lima, 1987.

236. Fernández Rodríguez, Carlos. «Naturaleza jurídica de la dación en pago». En *Anuario de Derecho Civil*, serie 1, n.° 2. Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1969.

237. Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las Personas*. 10.ª edición. Lima: Grijley, 2010.

238. Ferreira Rubio, Matilde. *Personas jurídicas. Selección de textos.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

239. Ferrer de San-Segundo, María José. *La obligación negativa.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

240. Ferrero Costa, Augusto. *Derecho Procesal Civil. Excepciones*. 3.ª edición. Lima: Ausonia, 1998.

241. Ferrero Costa, Augusto. *Propuesta de reforma de algunos artículos del Libro de Sucesiones del Código Civil, con su correspondiente Exposición de Motivos.* Presentada a la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. Lima: 2 de abril de 1997.

242. Ferrero Costa, Raúl. «Pago indebido». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

243. Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de Obligaciones*. 3.ª edición. Lima: Grijley, 2001.

244. Ferrero Costa, Raúl. *Curso de Derecho de Obligaciones*. Lima: Cultural Cuzco, 1986.

245. Ferreiros, Estela. *Incumplimiento obligacional*. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

246. Flores Alfaro, Carlos. «Presunción de división alícuota». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

247. Flores Alafaro, Carlos. «Principio de división de las deudas y créditos». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

248. Foignet, René. *Manuel élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1904, tomos I y II.

249. 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.

250. Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

251. Gaceta Jurídica. División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. *Compendium civil. Compendio práctico que sistematiza y conecta la jurisprudencia casatoria más relevante emitida por la Corte Suprema de Justicia durante los últimos 25 años con relación a los artículos del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2022.

252. Gaceta Jurídica. *El Código Civil en su jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

253. Gaceta Jurídica. *Diálogo con la Jurisprudencia*. n.° 33 - junio 2001; n.° 24 - septiembre 2000; n.° 14, noviembre 1999. Lima: Gaceta Jurídica.

254. Gadea Reidner, Eugenio. «Imposibilidad de la prestación y teoría del riesgo». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 5. Lima, 1986.

255. Gagliardo, Mariano. *La mora en el Derecho Civil y Comercial. Su estructura y alcances*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

256. Gago Prialé, Horacio. «Obligaciones genéricas en el Código Civil peruano». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 6. Lima, 1987.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

257. 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.

258. Gallego Sánchez, Esperanza. *La franquicia*. Madrid: Trivium, 1991.

259. García Amigo, Manuel. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Tecnos, 1965.

260. 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.

261. García Huayama, Juan Carlos. «Responsabilidad del deudor por hechos de terceros». En *Actualidad Jurídica,* tomo 222. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2012.

262. Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. 7.ª edición. México: Porrúa, 1984, tomo I.

263. Garrigues, Joaquín. *Contratos bancarios*. Madrid: s/e, 1975.

264. Gatica Pacheco, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1959.

265. Gaudemet, Eugène. *Teoría general de las Obligaciones*. Traducido por Pablo Macedo. México: Porrúa, 1984.

266. Gavidia Sánchez, Julio Vicente. «El sistema codificado francés de cesión de créditos». En *Anuario de Derecho Civil,* tomo XLIV, fascículo 11, abril-junio, MCMXCI. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.

267. Gazzoni, Francesco. «La extinción de las obligaciones: el cumplimiento». En León, Leysser: *Derecho de las relaciones obligatorias: lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, 2007.

268. Gete-Alonso, María del Carmen. «El pago o cumplimento del a obligación» En *Manual de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*. 2.ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1998.

269. Gianfelici, Mario César. «Caso fortuito e impedimento ajeno a la voluntad». En *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

270. Giorgi, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa,*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

alemana, etcétera. Traducción de la 7.ª edición. Madrid: Reus, 1977, tomo II, volumen IV.

271. Giorgi, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno. Expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etcétera.* Traducida de la 7.ª edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, volúmenes I, II y IV, tomos VI, VII y VIII.

272. Giorgianni, Michele. *La Obligación.* Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958.

273. Glasson. *Eléments du Droit francais consideré dans ses rapports avec le Droit natural et l'economie politique.* 1884, tomo I.

274. Gonzales Barrón, Gunther. *Derechos Reales.* Lima: Jurista Editores, 2005.

275. Gonzales Loli, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliario: un enfoque desde el análisis económico del Derecho». En *Notarius.* Revista del Colegio de Notarios de Lima, año VII, n.° 6. Lima, 1997.

276. Gramunt Fombuena, María Dolores. *La mora del deudor en el Código Civil.* Barcelona: José María Bosch Editor, 1993.

277. Guillouard, Louis. *Traité de la vente et de l'échange.* París: A. Pedone Editeur, 1902, tomo I.

278. Gutiérrez Camacho, Walter. «Normas aplicables a las obligaciones de no hacer». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

279. Hartmann, Gustav. *Die Obligation.* Erlangen: Deichert, 1975.

280. Hedemann, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, volumen III.

281. Hernández Gazzo, Juan Luis. «Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores». En *Ius et Veritas.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año IV, n.° 7, Lima, 1993.

282. Hernández Gil, Antonio. *Derecho de Obligaciones.* Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces - Ceura, 1983.

283. Hernández Gil, Félix. «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones». En: *Revista de Derecho Privado*, 1962, tomo 46.

284. Hernández Gil, Félix. «La intimación del acreedor en mora *ex persona*». En: *Anuario de Derecho Civil.* Madrid, 1962-2, tomo XV.

FONDO EDITORIAL

285. Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, tomo I.

286. Hinostrosa Mínguez, Alberto. *Guía actualizada de casaciones*. Lima: Jurista Editores, 2005.

287. Hinostrosa Mínguez, Alberto. *La nulidad procesal en el proceso civil*. 2.ª ediciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.

288. Huc, Théophile. *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. París: Libraire Cotillon, F. Pichon, Successeur Éditeur, 1897, tomos VII y VIII.

289. Hundskopf Exebio, Oswaldo. «Oponibilidad de la compensación por el garante». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

290. Iglesias, Juan. *Instituciones de Derecho romano. Obligaciones*. Barcelona: Imprenta Escuela de la Casa Provincial de Caridad, 1950, tomo II.

291. Illescas, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid: Cívitas, 2001.

292. Inzitari, Bruno. «Le obbligazioni: fonti e disciplina generale». En *Istituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone*. Turín: Giappichelli, 2001.

293. 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.° 14. Lima, 1989.

294. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Lozada, 1970, tomo V.

295. Josserand, Louis. *Derecho Civil. Teoría general de las Obligaciones*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1950, tomo II, volúmenes I y II.

296. Josserand, Louis. *Derecho Civil. Teoría general de las Obligaciones*. Traducido por Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch y Cía. Editores, 1952, volumen II, tomo II.

297. Kemelmajer de Carlucci, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

298. Koteich Khatib, Milagros. «La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. "daño existencial"». En *La responsabilidad civil*. 2.ª edición. Observatorio de Derecho Civil, volumen 13. Lima: Motivensa, 2012.

299. Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995, volumen I.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

300. Lacruz Berdejo, José Luis. *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1980.

301. Lafaille, Héctor. *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editores, 1947, tomo VI, volumen I; tomo VII, volumen II.

302. Lafaille, Héctor. *Curso de contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1928.

303. Lafaille, Héctor. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Tipografía A.G. Rezzónico, 1926, tomo VI, volumen I.

304. Lagrange, M. Eugenio. *Manual de Derecho romano*. 2.ª edición. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1889.

305. Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I.

306. Larombière, M. L. *Théorie et pratique des Obligations*. París: A. Durand, 1847, tomo III.

307. Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. 2.ª edición. Bogotá: Temis, 1993, volumen II.

308. 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.

309. Laurent, François. *Principes de Droit Civil français*. París: Librairie A. Maresq Ainé, 1875-1893, tomos III, XVI, XVII, XVIII, XXIV y XXVIII.

310. Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. 3.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo II.

311. Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomos I y III.

312. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia actual*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

313. Ledesma Narváez, Marianella. «Desistimiento del pago ofrecido». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

314. Ledesma Narváez, Marianella. «Ofrecimiento judicial o extrajudicial». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

315. Ledesma Narváez, Marianella. «Ofrecimiento judicial de pago, consignación y oposición». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

316. 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.

317. Ledesma Narváez, Marianella. *Jurisprudencia actual*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997, tomo II.

318. León Barandiarán, José. «En torno a la novación objetiva». En *Libro homenaje al doctor Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco, 1988.

319. León Barandiarán, José. «Exposición de Motivos y comentarios de la sección relativa a responsabilidad extracontractual». En Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI.

320. León Barandiarán, José. *Curso elemental de Derecho Civil peruano*. Lima: 1973.

321. León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano, Obligaciones. Modalidades y efectos*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editores, Sucesores de Compañía Argentina de Editores, 1956, tomos I y II.

322. León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Obligaciones*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1954, tomos I y II.

323. León Barandiarán, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de Obligaciones. Modalidades y efectos*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editores, 1954, tomo II.

324. León Barandiarán Hart, José. «Indivisibilidad de la condición». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, tomo I.

325. León Hilario, Leysser. «Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil Peruano y pautas para su modificación». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 38. Lima, 1998.

326. Levenhagen, Antonio José de Souza. *Código Civil, Comentarios didaticos. Direito das Obrigaçoes*. Sao Paulo: Editora Atlas, 1978.

327. Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Perrot, 1983, tomos I, II-A y II-B.

328. Llambías, Jorge Joaquín. *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*. 7.ª edición. Buenos Aires: Perrot, 1981.

329. Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1975, tomos II-A, II-B y III.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

330. Llerena, Baldomero. *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*. 3.ª edición. Buenos Aires: Editorial La Facultad, 1915, tomo III.

331. Llobet I Agudo, Joseph. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

332. Lobato de Blas, Jesús María. *La cláusula penal en el Derecho español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974.

333. Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2023.

334. Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2.ª edición. Lima: Grijley, 1997.

335. Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Derecho de Sucesiones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, volumen XVII, tomos I, II - primera parte, II - segunda parte.

336. Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Temas de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1991.

337. Longo, Giannetto. *Diritto delle Obbligazioni*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET, 1950.

338. López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general*. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1997.

339. López Cabana, Roberto. *La demora en el Derecho Privado*. Buenos Aires: 1989.

340. Lozano Berruezo, C. *De la extinción de las obligaciones. La novación*. Barcelona: Colección Nereo, 1986.

341. LP Derecho. *Código Civil. Jurisprudencia actual y relevante*. Lima: Editorial LP, 2024 (versión online: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024

342. Magalhães Martins, Guilherme. «Riesgos, solidaridad y responsabilidad civil». En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ediciones Legales, 2015.

343. Maisch von Humboldt, Lucrecia. «Exposición de Motivos y comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil». En Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo V.

344. Malaurie, Philippe y Laurent Aynès, Laurent. *Cours de Droit Civil. Les Obligations*. 3.ª edición. París: Editions Cujas, 1992.

345. Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código Civil español*. Madrid: Reus, 1967, tomo VIII, volumen I.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

346. Manrique de Lara Morales, Julio. *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001.

347. Marcadè, Victor. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. París: Rue des Grès, 16, Près de l'École de Droit, Librairie de Jurisprudence de Cotillon, 1852, tomos IV y VI.

348. Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. México D.F.: Porrúa, 1993.

349. Martínez Coco, Elvira. *Ensayos de Derecho Civil I*. Lima: Editorial San Marcos, 1997.

350. Marty, Gabriel. *Teoría general de las Obligaciones*. Puebla: Cajica, 1986, volúmenes I y II,

351. Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, parte I, volumen I; parte II, volumen II; parte III, volumen III.

352. Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, parte segunda, volúmenes I, II y III.

353. Mazeaud, Henri y Léon y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*. Traducido por Alcalá Zamora. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, tomo I, volumen I; tomo II, volumen II; tomo III, volúmenes I y II.

354. Mejorada Chauca, Martín. *Guía de matrícula 2007-1* Lima: Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

355. Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, tomos I y II.

356. Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I.

357. Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Obligaciones*. Parte general. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1979, tomo IV.

358. Moisset de Espanés, Luis. «Diferencias entre la mora del acreedor y pago por consignación (con referencia al Código peruano de 1984)». Artículo enviado personalmente a los autores del *Tratado de Derecho de las Obligaciones* por el doctor Luis Moisset de Espanés.

359. Moisset de Espanés, Luis. *Curso de Obligaciones*. Buenos Aires: Zavalía, 2004, tomos I, II y III.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

360. Moisset de Espanés, Luis. «Dación en pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

361. Moisset de Espanés, Luis. «Notas sobre el pago con subrogación en el Código Civil peruano». En *Actualidad Jurídica,* n.° 81. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

362. Moisset de Espanés, Luis. *La mora en el Código Civil de Perú de 1984.* Ponencia presentada al Congreso celebrado en conmemoración de los diez años del nuevo Código Civil del Perú. Lima, septiembre de 1994.

363. 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.° 23. Lima, 1992.

364. Moisset de Espanés, Luis. «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer». En *Thémis.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 12. Lima, 1988.

365. Moisset de Espanés, Luis. «Mora y lugar de pago en el Derecho Laboral». En *Crónica forense.* Segunda época, año III, n.° 48, mayo-junio, 1983.

366. Moisset de Espanés, Luis. *Estudios de Derecho Civil. Cartas y polémicas.* Córdoba: Víctor P. de Zavalía Editor, 1982.

367. Moisset de Espanés, Luis. «El reclamo de intereses moratorios o punitorios y el reajuste por depreciación monetaria». En *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año XLIV, 1980.

368. Moisset de Espanés, Luis y Ramón Daniel Pizarro. «Reflexiones en torno a la mora del deudor y el lugar de cumplimiento de las obligaciones». En *El Derecho*, tomo 72.

369. Moisset de Espanés, Luis, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos. *Inflación y actualización monetaria.* Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1981.

370. Monateri, Pier Giuseppe. «Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo». En *Estudios sobre la responsabilidad civil.* Lima: Ara Editores, 2001.

371. Montero Aroca, Juan. *Derecho Jurisdiccional.* Barcelona: Bosch, 1995, tomo II.

372. Montoya Manfredi, Ulises y Hernando Montoya Alberti. *Comentarios a la Ley de Títulos Valores.* Lima: Grijley, 2005.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

373. Montoya Pérez, Guillermo. «De la culpa en el campo del acto jurídico». En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* n.° 94. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

374. Morales Hervias, Rómulo. «Mutuo disenso». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

375. Morales Hervias, Rómulo. «Transacción de obligación nula o anulable». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

376. Mordeglia, Eugenio. «Inmutabilidad de la indemnización pactada en la llamada cláusula penal». En: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*. Año XIV, n.° 3. Córdoba, julio-septiembre, 1950.

377. Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos en dólares*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1990.

378. Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, 1982, tomos I y IV.

379. Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

380. Mosset Iturraspe, Jorge. «La cláusula penal». En *Revista del Notariado*. Buenos Aires, n.° 755, 1977.

381. Mourlon, Frédéric. *Répétitions écrites sus le Code Civil*. París: s/e, 1878, tomo III.

382. Muro Rojo, Manuel. «Efectos de la mora en las obligaciones solidarias». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

383. Muro Rojo, Manuel. «Novación». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

384. Navarro Pérez, José Luis. *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*. Granada: Comares, 1988.

385. Negri, Héctor. *La obligación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

386. Noriega, Raúl. «Teoría y política de tasas de interés». En *Revista Moneda* n.° 3, septiembre 1988.

387. Oertmann, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Traducción de la 3.ª edición alemana por L. Sancho Seral, Barcelona: Labor, 1933.

388. Olaechea du Bois, Eduardo. *Inflación y Derecho*. Lima: 1975.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

389. Olaya Nohra, Mauricio. «El régimen de intereses en el Perú». En diario oficial *El Peruano*. Sección Economía y Derecho, de 16 de agosto de 1994.

390. Ordoqui Castilla, Gustavo. *Lecciones de Derecho de las Obligaciones*. Montevideo: Ediciones del Foro, 1998, tomo I.

391. Orgaz, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Omeba, 1960.

392. Ortolán, M. *Compendio de Derecho romano*. Buenos Aires: Heliasta, 1978.

393. Ortúzar Santa María, Alvaro. «Nulidad del contrato de transacción en materia civil». En Barros Bourie, Enrique. *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

394. Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1987.

395. Ossola, Federico y Gustavo Vallespinos. *La obligación de informar*. Córdoba: Advocatus, 2001.

396. Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 1974.

397. Ossorio y Gallardo, Ángel. *Anteproyecto del Código Civil boliviano*. Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia. Buenos Aires: Imprenta López, 1943, volumen II.

398. Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. 8.ª edición. Lima: Grijley, 2007.

399. Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

400. Osterling Parodi, Felipe. *De las obligaciones con cláusula penal*. Materiales de enseñanza de obligaciones. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, tomo I.

401. Osterling Parodi, Felipe. *Derecho de Obligaciones*. Materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, tomo I.

402. 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, n.° 5. Lima, 1967.

403. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre; con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. 2.ª edición. Lima: Rimay Editores, 2020.

404. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre; con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.ª edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Grupo Editorial Ibáñez, 2014, tomos I y II.

405. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. 2.ª edición. Lima: ECB Ediciones; Thomson Reuters, 2014, volúmenes I, II, III, IV, V y VI.

406. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre; con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008.

407. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, volumen XVI, cuarta parte, tomos X, XI, XII, XIII, XIV, XV y XVI.

408. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del riesgo». En *Normas Legales. Legislación, Jurisprudencia y Doctrina.* Tomo n.° 286, Trujillo, marzo de 2000.

409. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, volumen XVI, tercera parte, tomo IX.

410. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, volumen XVI, tercera parte, tomo VIII.

411. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, volumen XVI, segunda parte, tomos V, VI y VII.

412. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, volumen XVI, primera parte, tomos I, II, III, IV.

413. Osterling Parodi, Felipe, Mario Castillo Freyre, Nicole Velazco Velazco y Daniel Rodríguez Tamo. *La transacción: el MARC olvidado*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo; Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2021, volumen 97.

414. Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Elementos de Derecho Civil peruano*. Lima: Tipografía Sesator, 1997, tomos I y II.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

415. Palacio Pimentel, H. Gustavo. *Las Obligaciones en el Derecho Civil peruano*. 3.ª edición. Lima: Editora y Distribuidora de Libros Huallaga, 1990, tomos I y II.

416. Palacios Martínez, Eric. «Carácter expreso de la solidaridad». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

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

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

419. Panuccio, Vicenzo. *La cessione volontaria dei crediti nella teoría del trasferimento*. Milán: A. Giuffré, 1955.

420. Peirano Facio, Jorge. *Estructura de la mora en el Código Civil*. Bogotá: Temis, 1983.

421. Peirano Facio, Jorge. *La cláusula penal*. Bogotá: Temis, 1982.

422. Pérez Gallardo, Leonardo. «Introducción al Derecho Civil». En AA.VV. *Compendio de Derecho Civil*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2004.

423. Pérez Luño, Antonio. *Personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

424. Perlingieri, Pietro y Geremia Romano. «Obligaciones alternativas y facultativas». En León Hilario, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias: lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores, 2007.

425. Perlingieri, Pietro y Geremia Romano. «Obbligazioni alternative e facoltative». En Perlingieri, Pietro (director). *Manuale di Diritto Civile*. 3ª edición. Nápoles: ESI, 2002.

426. Petit, Eugène. *Tratado elemental de Derecho romano*. México: Editorial Nacional, 1951.

427. Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las Obligaciones. Primera y segunda parte*. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, tomos VI y VII.

428. Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traité pratique de Droit Civil français*. París: Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, 1927, tomos VII y X.

CASTILLO FREYRE

429. Pontificia Universidad Católica del Perú. *Revista Derecho PUCP*, n.° 53. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

430. Portalis, Jean-Étienne-Marie. *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code Civil par les divers orateurs du conseil d'etat et du tribunat, et discussion particuliére de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque project de loi.* París: Firmin Didot Freres, Fils et Cie., Libraires, Imprimeurs de l'Institut de France, 1867, tomo I.

431. Pothier, Robert Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, s/f., primera y segunda parte.

432. Pothier, Roberto Joseph. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona: Biblioteca Científica y Literaria, 1988, tomo I.

433. Pozo Sánchez, Julio. *Summa civil. Toda la jurisprudencia civil vinculante, relevante y actual en un solo volumen*. 3.ª edición. Lima: Nomos & Thesis, 2021.

434. Prieto Ravest, Enrique. *Teoría general de las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1959.

435. 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.

436. Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 4.ª edición. Barcelona: Bosch, 1988, tomo II, volumen I.

437. Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1964.

438. Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, tomo IV, volúmenes I y III.

439. Ramos Bohórquez, Miguel. *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia civil*. Lima: s/e; s/a.

440. Ramos Núñez, Carlos. *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*. Lima: Ara Editores, 1996.

441. Rams Albesa, Joaquín. *Las obligaciones alternativas*. Madrid: Montecorvo, 1992.

442. Ravazzoni, Alberto. *La reparación del daño no patrimonial*, Milano: s/e, 1962.

443. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22.ª edición. Madrid: Espasa Calpe, 2005, tomos I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XI y XIII.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

444. Rebaza González. Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Editora Normas Legales, año LII, n.° 36, julio 2002.

445. Revoredo Marsano, Delia (compiladora). *Código Civil*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo II, parte I; tomos V y VI.

446. Rezzónico, Luis María. *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*. 9.ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1966.

447. Rezzónico, Luis María. *Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1961, volúmenes I y II.

448. Rico Álvarez, Fausto y Patricio Garza Bandala. *Teoría general de las Obligaciones*. 2.ª edición. México: Porrúa, 2006.

449. Ripert, Georges. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: 1946.

450. Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*. Traducido por Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964, tomo IV.

451. Rivadeneyra Sánchez, Juan y José Álvaro Quiroga León. «Las obligaciones facultativas». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 5. Lima, 1986.

452. Roca Sastre, Ramón María. «Estipulaciones a favor de tercero». En: *Estudios de Derecho Privado*. Madrid, 1948, tomo I.

453. Rocca, Ival y Omar Griffi. *Astreintes*. 2.ª edición. Buenos Aires: Grial, 1970.

454. Rodríguez, Alfredo. *Técnicas de organización bancaria*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980.

455. Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios*. Bogotá: Editorial ABC, 1999.

456. Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios*. Bogotá: Biblioteca Felaban, 1977.

457. Rogron, Joseph Adrien. *Code Civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*. París: E. Plon et Cie., Imprimeurs-Editeurs, Rue Garancière, 10, 1877.

458. Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. México: Porrúa, 1973.

459. Romero Zavala, Luis. *El Derecho de las Obligaciones en el Perú. La concertación obligacional*. Lima: Fecat, 1999, tomo I.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

460. Romero Zavala, Luis. *Teoría general de los contratos*. Lima: Fecat, 1999, tomo II.

461. Roppo, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. Bologna: Monduzzi, 2001.

462. Rubio Correa, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

463. Rubio Correa, Marcial. *Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.

464. 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.

465. Saavedra Lozano, Saúl. *Derecho romano*. Bogotá: Editorial del Centro, 1942, tomo II.

466. Salinas Rivas, Sergio. «Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico». En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año VIII, n.° 14, Lima, 1997.

467. Salvat, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en general*. Edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, tomos I, II y III.

468. Sánchez Román, Felipe. *Derecho Civil español, Derecho de Obligaciones*. Madrid: Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra. Impresores de la Real Casa, 1899, tomo IV.

469. Sancho Rebullida, Francisco de Asís. *Estudios de Derecho Civil*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1978, tomo I.

470. 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.

471. Sanz Viola, Ana María. *La cláusula penal en el Código Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.

472. Sapena Pastor, Raúl. *Fuentes próximas del Código Civil*. Asunción: El Foro, 1986.

473. Savigny, Federico Carlos de. *Sistema de Derecho romano actual*. Madrid: Editorial Góngora y Compañía, 1879, tomo II.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

474. Scognamilio, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

475. Scognamilio, Renato. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962.

476. Serafini, Filippo. *Instituciones de Derecho romano. Obligaciones*. Madrid: Espasa Calpe, 1927, tomo II.

477. Serrano Alonso, Eduardo. «Consideraciones sobre la dación en pago». En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

478. Shackle, George Lennox Sharman. «Elasticidad del interés de la inversión». En *Teoría de los tipos de interés*. Barcelona: Labor, 1974.

479. Sierralta Ríos, Aníbal. *Informe sobre la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Derecho positivo peruano*. Lima: 1996.

480. Somarriva Undurraga, Manuel. *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984.

481. Soria Alarcón, Manuel F. «Hacia un registro de inscripción obligatoria. Modificación del artículo 949 del Código Civil». En *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, n.° 7, año 3. Lima, febrero 2002.

482. Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil.* Buenos Aires: Depalma, 1984, tomo I.

483. Spota, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: Depalma, 1984, volumen V.

484. Spota, Alberto G. *Tratado de la locación de obra*. 3.ª edición. Buenos Aires: Depalma, 1976, volumen II.

485. Starck, Boris, Henri Roland y Laurent Boyer. *Obligations*. 4.ª edición. París: Librairie de la Cour de Cassation, 1992.

486. Stiglitz, Gabriel y Carlos Echevesti. *Responsabilidad civil*. Director Jorge Mosset Iturraspe. Buenos Aires: Hammurabi, 1992.

487. 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.

488. 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

BIBLIOTECA JURÍDICA CASTILLO FREYRE

489. 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

490. Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis, 1999, tomo II.

491. Tomasello Hart, Leslie. *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

492. Topasio Ferreti, Aldo. *Derecho romano patrimonial*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

493. Torres Vásquez, Aníbal. *Diccionario de jurisprudencia civil*. Lima: Grijley, 2008.

494. Torres Vásquez, Aníbal. *Código Civil*. Lima: Idemsa, 2002.

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

496. Toullier, Charles-Bonaventure. *Le Droit Civil français suivant l'ordre du Code*. París, 1830, tomo VI.

497. Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, tomo II.

498. Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2005, tomo I.

499. Trigo Represas, Félix A. y Rubén S. Stiglitz. *Derecho de Daños*. Primera parte. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1991.

500. Trimarchi, Michele. *La clausola penale*. Milán: Giuffré, 1954.

501. Trimarchi, Pietro. «Sobre el significado económico de los criterios de responsabilidad contractual». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época, n.° 29. Lima, 1994.

502. Troplong, Raymond Théodore. *Droit Civil expliqué. De la vente*. París, 1856, tomos I, II y XVII.

503. Uribe Holguín, Ricardo. *Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos*. Bogotá: Temis, 1970.

504. Uribe Restrepo, Luis Fernando. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Temis, 1984.

505. Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil. De las Obligaciones*. Bogotá: Temis, 1988, tomo III.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

506. Valverde y Valverde, Calixto. *Tratado de Derecho Civil español*. Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta, 1925, tomo III.

507. Vásquez Ríos, Alberto. *Los derechos reales de garantía*. Lima: Editorial San Marcos, 1995.

508. Vega Soyer, Jorge. «Formas de realizar la elección». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

509. Vicente Domingo, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Bosch, 1994.

510. Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. 7.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

511. Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. 6.ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.

512. Vidal Ramírez, Fernando. «Imputación de pago». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

513. Vidal Ramírez, Fernando. «Imputación legal». En AA.VV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI.

514. 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.

515. Vidal Ramírez, Fernando. *La prescripción y la caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996.

516. Vidal Ramírez, Fernando. *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 1992.

517. Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. 2.ª edición. Lima: Cultural Cuzco, 1990.

518. 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.

519. Vidal Ramírez, Fernando. *La Bolsa en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco, 1988.

JUAN MARIO CASTILLO FREYRE

520. Villavicencio Cúneo, Víctor A. *Las donaciones indirectas o atípicas*. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965.

521. Villegas, Carlos y Mario Schujman. *Intereses y tasas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

522. Villegas Poma, Edwin Julio. «La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo». En *Folio Real*. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, año 2, n.° 4. Lima: Palestra, 2001.

523. Volterra, Eduardo. *Instituciones de Derecho Privado romano*. Madrid: Civitas, 1986.

524. Von Thur, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Traducido por Roces. Madrid: Reus, 1934, tomo II.

525. Wayar, Ernesto Clemente. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990, tomos I y II.

526. Wayar, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981.

527. Wayar, Ernesto Clemente. «La convertibilidad del austral y las obligaciones de dar dinero». En: *Convertibilidad del austral. Estudios jurídicos*. Luis Moisset de Espanés, coordinador. Primera serie.

528. Weill, Alex y François Terré. *Droit Civil. Les Obligations*. 4.ª edición. París: Précis Dalloz, 1986.

529. Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001.

530. Zago, Jorge. «Responsabilidad contractual indirecta». En *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

531. Zannoni, Eduardo. *Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires: Astrea, 1977.

532. Zatti, Paolo. «Las situaciones jurídicas». En *Revista Jurídica del Perú*, n.° 54. Trujillo: Editora Normas Legales, 2005.

533. Zatti, Paolo y Vittorio Colussi. *Lineamenti di Diritto Privato*. Padua: Cedam, 1999.

534. Zusman Tinman, Shoschana. «La teoría del riesgo». En *Derecho PUCP*. Revista de Derecho editada por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 34. Lima, 1980.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

SECCIÓN SEGUNDA
Efectos de las obligaciones (CONTINUACIÓN)

TÍTULO VI
CONSOLIDACIÓN

CONSIDERACIONES GENERALES. CONSOLIDACIÓN TOTAL O PARCIAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1300 2057
2. Análisis 2059
   - 2.1. Concepto 2059
   - 2.2. Sobre la confusión de derecho 2068
   - 2.3. Requisitos 2075
   - 2.4. Clases de consolidación 2075
     - 2.4.1. Por su magnitud 2075
       - 2.4.1.1. Consolidación total 2075
       - 2.4.1.2. Consolidación parcial 2076
     - 2.4.2. Por su origen 2077
       - 2.4.2.1. Por causa de muerte 2077
     - 2.4.3. Por acto entre vivos 2077
   - 2.5. Consolidación y garantía 2079
   - 2.6. Consolidación e indivisibilidad 2082
   - 2.7. Consolidación y solidaridad 2083
   - 2.8. El Estado como heredero 2084
   - 2.9. Supuesto de consolidación y separación de patrimonios 2085
   - 2.10. La consolidación en obligaciones de dar —que no consistan en dinero—, en las obligaciones de hacer y en las obligaciones de no hacer 2086

SUPUESTO DE CESE DE LA CONSOLIDACIÓN. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1301 2087
2. Análisis 2088

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VII
TRANSACCIÓN

TRANSACCIÓN. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, IMPORTANCIA, EFECTOS Y VALOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1302 2097
2. Análisis 2100
   2.1. Consideraciones preliminares 2100
   2.2. Concepto 2103
   2.3. Naturaleza jurídica 2106
      2.3.1. La transacción como contrato 2107
      2.3.2. La transacción como acto jurídico 2110
      2.3.3. La transacción como medio extintivo de obligaciones 2111
      2.3.4. Nuestra opinión 2113
   2.4. Importancia 2114
   2.5. Asunto dudoso 2117
   2.6. Asunto litigioso 2122
   2.7. Concesiones recíprocas 2128
   2.8. La transacción como un acto complejo 2133
   2.9. Capacidad 2134
   2.10. Clases de transacción 2136
      2.10.1. Según si se realiza dentro o fuera del litigio 2136
         2.10.1.1. Transacción judicial 2136
         2.10.1.2. Transacción extrajudicial 2136
      2.10.2. Según su magnitud 2136
         2.10.2.1. Transacción total 2136
         2.10.2.2. Transacción parcial 2137
      2.10.3. Transacción meramente extintiva de obligaciones o como acto complejo 2138
         2.10.3.1. La transacción como acto meramente extintivo de obligaciones 2138
         2.10.3.2. La transacción como acto complejo 2138
      2.10.4. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto, y transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte 2138
         2.10.4.1. Transacción derivada de concesiones recíprocas, en estricto 2138
         2.10.4.2. Transacción para cuyo acuerdo las partes se sirven de la suerte 2138
   2.11. Interpretación restrictiva 2139
   2.12. El «valor de cosa juzgada» de la transacción 2140

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.13. Diferencias y semejanzas entre la transacción y otras figuras jurídicas 2157
2.13.1. Transacción y sentencia 2157
2.13.2. Transacción y juramento decisorio 2158
2.13.3. Transacción y convenio arbitral 2159
2.13.4. Transacción y confirmación 2160
2.13.5. Transacción y renuncia 2160
2.13.6. Transacción y donación 2161
2.13.7. Transacción y condonación 2161
2.13.8. Transacción y mutuo disenso 2161

LA NECESIDAD DE QUE LA TRANSACCIÓN CONTENGA RENUNCIA EXPRESA DE CUALQUIER ACCIÓN FUTURA

1. Fuentes nacionales del artículo 1303 2163
2. Análisis 2164

FORMALIDAD DE LA TRANSACCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1304 2167
2. Análisis 2168

DERECHOS SOBRE LOS QUE SE PUEDE TRANSIGIR

1. Fuentes nacionales del artículo 1305 2174
2. Análisis 2175
2.1. Derechos sobre los que se puede transigir 2175
2.2. La transacción sobre un proceso judicial ya concluido 2180

TRANSACCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO

1. Fuentes nacionales del artículo 1306 2181
2. Análisis 2182

TRANSACCIÓN EFECTUADA POR REPRESENTANTES LEGALES DE AUSENTES O INCAPACES

1. Fuentes nacionales del artículo 1307 2186
2. Análisis 2188
2.1. La transacción celebrada a través de apoderado 2190

TRANSACCIÓN SOBRE NULIDAD O ANULABILIDAD. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1308 2191
2. Análisis 2193

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SUPUESTOS EN LOS CUALES LA CUESTIÓN SOBRE LA QUE SE TRANSIGE ES, PRECISAMENTE, LA NULIDAD O ANULABILIDAD DEL ACTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1309 2196
2. Análisis 2196

INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCIÓN. EFECTOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1310 2199
2. Análisis 2200
2.1. Generalidades 2200
2.2. Carácter relativo del precepto 2202
2.3. Garantías 2202

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS A TRAVÉS DE LA SUERTE. APLICACIÓN A ESTE SUPUESTO DE LAS NORMAS DE TRANSACCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1311 2203
2. Análisis 2203

MANERAS DE EJECUTAR LA TRANSACCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1312 2206
2. Análisis 2206
2.1. Ejecución de la transacción judicial 2207
2.2. Ejecución de la transacción extrajudicial 2210
2.3. Semejanzas y diferencias existentes entre la transacción y otras figuras procesales 2211

TÍTULO VIII
MUTUO DISENSO

CONCEPTO Y OTRAS APRECIACIONES SOBRE LA INSTITUCIÓN

1. Fuentes nacionales del artículo 1313 2215
2. Análisis 2217
2.1. Concepto 2217
2.2. El mutuo disenso en el ámbito del Derecho de Familia 2221
2.3. Carácter unitario del mutuo disenso 2223
2.4. Ámbito de aplicación del mutuo disenso dentro de los actos jurídicos 2226
2.5. La formalidad del mutuo disenso 2232

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6. Carácter no retroactivo del mutuo disenso 2235
2.7. La ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica el derecho de tercero 2237
2.8. Excepciones al carácter bilateral del mutuo disenso 2240
2.9. Diferencias y semejanzas entre el mutuo disenso y otras figuras 2241
2.9.1. Mutuo disenso y nulidad 2241
2.9.2. Mutuo disenso y anulabilidad 2242
2.9.3. Mutuo disenso y rescisión 2243
2.9.4. Mutuo disenso y resolución 2243
2.9.5. Mutuo disenso y pago 2244
2.9.6. Mutuo disenso y novación 2244
2.9.7. Mutuo disenso y transacción 2244
2.9.8. Mutuo disenso y condonación 2245
2.10. Eventual extinción del mutuo disenso 2245

TÍTULO IX
INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR A PESAR DE HABER EMPLEADO LA DILIGENCIA ORDINARIA REQUERIDA POR LAS CIRCUNSTANCIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1314 2251
2. Análisis 2252
2.1. Concepto de incumplimiento 2253
2.2. Incumplimiento imputable 2257
2.3. Diligencia ordinaria 2259
2.4. Inejecución relativa: cumplimiento parcial, tardío o defectuoso 2267
2.4.1. Cumplimiento parcial 2268
2.4.1.1. Supuestos de cumplimiento parcial 2270
2.4.1.1.1. Cuando el deudor cumple sólo parte de la prestación debida 2270
2.4.1.1.2. Cuando la obligación tiene como objeto prestaciones conjuntivas 2271
2.4.2. Cumplimiento tardío 2274
2.4.3. Cumplimiento defectuoso 2276

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1315 2278
2. Análisis 2280
   - 2.1. Concepto 2280
   - 2.2. ¿Distinción útil o inútil? 2288
   - 2.3. Condiciones y/o caracteres del caso fortuito o fuerza mayor 2291
     - 2.3.1. Que el acontecimiento sea extraordinario 2291
     - 2.3.2. Que el acontecimiento sea imprevisible 2293
     - 2.3.3. Que el acontecimiento sea irresistible 2295
     - 2.3.4. Que el acontecimiento constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación 2298
     - 2.3.5. Que el acontecimiento sea actual 2300
     - 2.3.6. Que el acontecimiento sea sobreviniente 2301
     - 2.3.7. Que el acontecimiento sea un hecho extraño a la voluntad del deudor 2301
   - 2.4. Clasificación del caso fortuito o de fuerza mayor 2306
     - 2.4.1. Según si fueren ordinarios o extraordinarios 2306
     - 2.4.2. Según si fueren previsibles o imprevisibles 2307
     - 2.4.3. Según si la imposibilidad fuere parcial, total o temporal 2307
   - 2.5. Órbita contractual y extracontractual del caso fortuito o de fuerza mayor 2308
   - 2.6. Aplicaciones del caso fortuito o de fuerza mayor 2309
   - 2.7. Efectos del caso fortuito o de fuerza mayor 2309
     - 2.7.1. En las obligaciones de dar 2310
       - 2.7.1.1. Pérdida del bien cierto debido 2310
       - 2.7.1.2. Pérdida en las obligaciones *unum de certis* 2311
       - 2.7.1.3. Pérdida en las obligaciones de dar bienes inciertos . 2312
       - 2.7.1.4. Pérdida en las obligaciones de dar bienes fungibles 2312
     - 2.7.2. En las obligaciones de hacer 2313
     - 2.7.3. En las obligaciones de no hacer 2313
     - 2.7.4. En las obligaciones de objeto plural 2313
     - 2.7.5. En las obligaciones de sujeto plural 2314
   - 2.8. Prueba del caso fortuito o de fuerza mayor 2316
   - 2.9. Caso fortuito o de fuerza mayor y mora 2317

EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR CAUSA NO IMPUTABLE AL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1316 2318
2. Análisis 2320

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IMPOSIBILIDAD POR CAUSAS NO IMPUTABLES Y DAÑOS Y PERJUICIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1317 2323
2. Análisis 2324

DOLO

1. Fuentes nacionales del artículo 1318 2326
2. Análisis 2326

LA CULPA Y SUS MODALIDADES

1. Fuentes nacionales del artículo 1319 2342
2. Fuentes nacionales del artículo 1320 2344
3. Análisis 2345
3.1. La culpa 2345
3.2. Clases de culpa 2361
3.2.1. Culpa contractual y culpa extracontractual 2361
3.2.2. Culpa civil y culpa penal 2362
3.3. Grados de culpa 2362

DAÑOS Y PERJUICIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1321 2365
2. Análisis 2369
3. Algunas reflexiones sobre los daños y su función punitiva 2374
3.1. Introducción 2374
3.2. Las legislaciones civiles y la regulación de los daños 2375
3.3. Casos en los cuales la indemnización va más allá del resarcimiento .. 2383
3.4. Mi experiencia profesional 2384

DAÑO MORAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1322 2386
2. Análisis 2386
2.1. Generalidades 2386
2.2. Condiciones para la aplicación del daño moral 2393
2.2.1. Que haya una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito 2394
2.2.2. Que el daño sea cierto 2394
2.2.3. Que el daño sea personal del accionante 2395
2.2.4. Que quien lo invoca pueda ser considerado como un «damnificado» en sentido jurídico 2395
2.2.5. Su regulación en el Código peruano 2396
2.3. El daño moral en el incumplimiento contractual 2397

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.4. Valoración y prueba para la reparación del daño moral 2405
2.4.1. Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial 2406
2.4.2. Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta 2406
2.4.3. Criterio subjetivo para determinar la cuantía del daño moral. 2407
2.4.4. El criterio de los «placeres compensatorios» 2408
2.4.5. El criterio de la prudencia judicial 2408
2.4.6. Nuestra opinión 2408
2.5. El daño moral a la persona jurídica 2411
2.5.1. El daño moral en relación a los diversos derechos extrapatrimoniales de las personas de existencia ideal 2416
2.5.1.1. Derecho al honor, consideración o fama 2416
2.5.1.2. Derecho al nombre y a la identidad 2417
2.5.1.3. Derecho a la privacidad 2418
2.5.1.4. Derecho a la libertad de acción 2419
2.5.1.5. Derecho moral del autor sobre su obra 2419
2.5.1.6. Derecho a la seguridad personal 2419
2.5.1.7. Derecho a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes 2420
2.5.1.8. Derecho al libre desarrollo de la personalidad 2420
2.5.2. Tratamiento del daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia y legislación nacional 2421
2.6. Es importante precisar que esta interpretación extensiva atiende a la *ratio legis* de la norma, la cual se inspira en el deber general de no dañar a otro, así como en el derecho de una persona, sea natural o jurídica, a que se le indemnice por los daños infringidos 2424
2.6.1. ¿Cuál es la forma más idónea de reparación del daño moral a las personas jurídicas? 2424

INCUMPLIMIENTO DE PAGO DE CUOTAS PERIÓDICAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1323 2425
2. Análisis 2425

INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DINERARIAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1324 2430
2. Análisis 2432

RESPONSABILIDAD EN OBLIGACIONES EJECUTADAS POR TERCEROS

1. Fuentes nacionales del artículo 1325 2434
2. Análisis 2434
2.1. Generalidades 2435
2.2. Teorías que sustentan la responsabilidad contractual indirecta 2437

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1. Teoría de la culpa *in eligendo* 2438
2.2.2. Teoría de la culpa *in vigilando* 2438
2.2.3. Teoría de la acumulación de la culpa en la elección y en la vigilancia 2438
2.2.4. Teoría de la representación o de la sustitución 2439
2.2.5. Teoría del riesgo 2439
2.2.6. Teoría del resultado 2440
2.2.7. Teoría de la fuerza mayor 2440
2.2.8. Teoría de la esfera de intereses 2440
2.2.9. Teoría de la ponderación de los intereses 2440
2.2.10. Teoría del concepto de la prestación 2440
2.2.11. Teoría de la garantía tácita 2440
2.2.12. Teoría de la presunción legal de culpa 2441
2.2.13. Nuestra posición 2442
2.3. Condiciones para que proceda la responsabilidad contractual indirecta 2443
2.4. Acciones derivadas de la responsabilidad contractual indirecta 2446
2.5. Principales supuestos de responsabilidad contractual indirecta 2448
2.5.1. En el contrato de arrendamiento 2448
2.5.2. En el contrato de locación de servicios 2448
2.5.3. En el contrato de hospedaje 2448
2.5.4. En el contrato de obra 2449
2.5.5. En el contrato de mandato 2449
2.5.6. En el contrato de transporte 2449
2.6. A modo de conclusión 2449

REDUCCIÓN DEL RESARCIMIENTO POR HECHO U OMISIÓN DEL ACREEDOR. CONCURRENCIA DE CULPAS

1. Fuentes nacionales del artículo 1326 2451
2. Fuentes nacionales del artículo 1327 2452
3. Análisis de los artículos 1326 y 1327 2452

NULIDAD DEL PACTO DE EXONERACIÓN O LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Fuentes nacionales del artículo 1328 2460
2. Análisis 2461
2.1. El caso del dolo y la culpa inexcusable 2461
2.2. El caso de las obligaciones derivadas de normas de orden público 2462

PRESUNCIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR CULPA LEVE. CARGA DE LA PRUEBA

1. Fuentes nacionales del artículo 1329 2463
2. Fuentes nacionales del artículo 1330 2464
3. Análisis de los artículos 1329 y 1330 2464

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PRUEBA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

1. Fuentes nacionales del artículo 1331 2467
2. Fuentes nacionales del artículo 1332 2467
3. Análisis del artículo 1331 2468
4. Análisis del artículo 1332 2470
5. La prueba de los daños y perjuicios 2475
   - 5.1. Palabras liminares 2475
   - 5.2. La naturaleza de la obligación incumplida 2476
     - 5.2.1. En las obligaciones de dar 2476
     - 5.2.2. En las obligaciones de hacer 2478
     - 5.2.3. En las obligaciones de no hacer 2479
   - 5.3. El incumplimiento en las obligaciones de objeto plural 2479
     - 5.3.1. En las obligaciones conjuntivas 2479
     - 5.3.2. En las obligaciones alternativas 2480
     - 5.3.3. En las obligaciones facultativas 2480
   - 5.4. El incumplimiento en las obligaciones de sujeto plural 2481
     - 5.4.1. En las obligaciones divisibles y mancomunadas 2481
     - 5.4.2. En las obligaciones divisibles y solidarias 2481
     - 5.4.3. En las obligaciones indivisibles y mancomunadas 2482
     - 5.4.4. En las obligaciones indivisibles y solidarias 2482
   - 5.5. ¿Quién debe probar el incumplimiento? 2482
   - 5.6. La prueba de los daños y perjuicios 2483
   - 5.7. Facilidad o dificultad probatoria 2486
   - 5.8. Medios probatorios aceptados 2489
   - 5.9. Valoración de la prueba 2489
   - 5.10. Consideraciones finales 2490

CAPÍTULO SEGUNDO
MORA

1. Consideraciones generales 2491
2. El régimen legal de la mora en el Perú 2496
3. La definición de mora 2499
4. Elementos contenidos en la definición de mora que hemos adoptado 2505
   - 4.1. El retraso 2505
   - 4.2. La existencia de una obligación exigible 2506
   - 4.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable 2506
   - 4.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor 2507
   - 4.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan 2507
   - 4.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible. 2508
   - 4.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor 2508

ENRIQUE MARIO CASTILLO FREYRE

5. Mora e incumplimiento absoluto 2508
6. Clasificación de la mora 2509
6.1. La mora según los sujetos involucrados 2509
6.1.1. La mora del deudor 2509
6.1.2. La mora del acreedor 2509
6.2. La mora en las obligaciones con pluralidad de objetos 2510
6.2.1. La mora en las obligaciones conjuntivas 2510
6.2.2. La mora en las obligaciones alternativas 2510
6.2.3. La mora en las obligaciones facultativas 2511
6.3. La mora en las obligaciones con pluralidad de sujetos 2511
6.3.1. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible 2511
6.3.2. La mora en las obligaciones mancomunadas con prestación indivisible 2513
6.3.3. La mora en las obligaciones divisibles y solidarias y en las obligaciones indivisibles y solidarias 2514
6.4. La mora según el factor de imputabilidad o atribución de responsabilidad 2514
6.4.1. En caso de dolo o culpa 2514
6.4.2. En ausencia de dolo o culpa 2514
6.5. La mora en relación a la magnitud del incumplimiento. Mora total y mora parcial 2515
6.5.1. Mora total 2515
6.5.2. Mora parcial 2516
7. Requisitos de la situación de mora del deudor 2519
7.1. El retardo en el cumplimiento de la conducta debida 2519
7.2. La imputabilidad como elemento subjetivo de la situación de mora del deudor 2532
7.3. La constitución en mora: elemento formal de la situación de mora del deudor 2539
8. Efectos de la mora del deudor 2541
8.1. Hace responsable al deudor de los daños y perjuicios que se originen 2542
8.2. Traslada los riesgos al deudor moroso 2544
8.3. Inhabilita al deudor moroso para constituir en mora a su contraparte. 2545
8.4. Faculta a la contraparte para exigir el cumplimiento o la resolución del contrato 2545
8.5. Podría implicar la revalorización de las obligaciones de dar sumas de dinero 2546
9. Extinción de la mora del deudor 2548
9.1. El cumplimiento de la obligación 2549
9.2. La concesión —denominada moratoria— de una prórroga o aplazamiento del momento del cumplimiento 2549

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.3. El que incurra en mora el acreedor 2550
9.4. Si se trata de obligaciones recíprocas, que incurra en mora la otra parte 2550
9.5. Extinción, por ausencia de validez, del crédito a que la mora se refiere 2551
9.6. La perención de instancia 2551
9.7. El pago por consignación 2552

CONSTITUCIÓN EN MORA

1. Fuentes nacionales del artículo 1333 2553
2. Análisis 2555
2.1. Naturaleza jurídica de la interpelación 2555
2.2. Reglas aplicables a la interpelación, según su naturaleza 2558
2.2.1. Capacidad 2558
2.2.2. El artículo 1358 del Código Civil 2560
2.2.3. La eficacia de la interpelación no depende de la voluntad del agente 2566
2.3. Concepto y caracteres de la interpelación 2567
2.4. Características de la interpelación 2572
2.4.1. Es una declaración unilateral de voluntad 2572
2.4.2. Es una declaración de voluntad recepticia 2573
2.4.3. Es un acto jurídico 2574
2.4.4. Es un derecho potestativo del acreedor 2574
2.4.5. Supone una exigencia categórica de cumplimiento 2575
2.4.6. Debe ser formulada por el acreedor 2577
2.4.7. No es formal 2577
2.5. Condiciones que debe reunir la interpelación 2578
2.5.1. Condiciones intrínsecas 2578
2.5.1.1. El requerimiento debe contener una exigencia categórica, inequívoca y coercitiva de pago 2578
2.5.1.2. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto al objeto y contener referencias concretas 2578
2.5.1.3. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a la referencia de la prestación debida 2579
2.5.1.4. El requerimiento debe ser apropiado en cuanto a las referencias al tiempo, lugar y modo en que la prestación debe cumplirse 2581
2.5.1.5. Exigencia de cumplimiento factible 2584
2.5.2. Condiciones extrínsecas 2585
2.5.2.1. Al formular el requerimiento, el acreedor debe ofrecer la debida cooperación 2585
2.5.2.2. Al formular el requerimiento, el acreedor, a su vez, no debe encontrarse en situación de incumplimiento ... 2587

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.6. Los sujetos de la interpelación 2588
2.6.1. Sujeto activo de la interpelación. El acreedor 2588
2.6.1.1. Interpelación efectuada por representante o mandatario 2588
2.6.1.2. Interpelación efectuada por el gestor de negocios ... 2589
2.6.1.3. Interpelación efectuada por la persona designada para recibir el pago 2590
2.6.1.4. En la obligación de intervenir en el otorgamiento de una escritura pública, ¿la citación hecha por el notario a una de las partes, equivale a una interpelación válida? 2590
2.6.2. Sujeto pasivo de la interpelación. El deudor 2591
2.6.2.1. La intimación al deudor, ¿cuándo debe considerársela «recibida»? 2591
2.6.2.2. La interpelación hecha al mandatario del deudor 2593
2.6.2.3. El requerimiento al Estado y demás personas jurídicas de carácter público 2595
2.7. La eficacia de la interpelación bajo plazo o condición 2595
2.8. Funciones que cumple la interpelación 2597
2.8.1. Ausencia de tolerancia 2597
2.8.2. Transformar el mero retardo en mora 2598
2.8.3. Urgir al deudor para que cumpla con la prestación 2599
2.8.4. Transformar la culpa del deudor incumpliente en una culpa cualificada 2599
2.8.5. Probar el retardo 2600
2.8.6. Acto de cooperación del acreedor 2601
2.8.7. Nuestra opinión 2601
2.9. Forma y prueba de la interpelación 2604
2.9.1. Formas de manifestar la voluntad interpelatoria. Consideraciones generales 2604
2.9.2. La constitución en mora por requerimiento judicial 2606
2.9.2.1. ¿La notificación de la resolución que ordena trabar embargo preventivo y otras medidas cautelares constituyen al deudor en mora? 2609
2.9.2.2. ¿Desde cuándo se computan los efectos del requerimiento judicial? 2609
2.9.2.3. La perención de instancia no perjudica ni anula el efecto moratorio de la notificación de la demanda .. 2610
2.9.3. Formas extrajudiciales de constitución en mora 2610
2.9.4. Prueba de la interpelación 2618
2.10. Los factores impeditivos de la mora del deudor 2619
2.11. Los sistemas de constitución en mora 2619

ESTUDIO MARCIAL PONS

2.11.1. Polémica en torno al sistema de constitución en mora que imperaba en el Derecho romano 2619
2.11.2. Breve revisión del Derecho extranjero en torno a los sistemas de constitución en mora 2624
2.11.3. Sistemas de constitución en mora 2627
2.11.3.1. Respecto a la mora del deudor 2627
2.11.3.1.1. Sistema de la mora *ex personae* o mora con interpelación 2627
2.11.3.1.2. Sistema de la mora ex re o mora sin interpelación 2630
2.11.3.1.2.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente 2631
2.11.3.1.2.1.1. Mora legal 2631
2.11.3.1.2.1.2. Mora convencional 2632
2.11.3.1.2.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación 2634
2.11.3.1.2.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación 2636
2.11.3.1.2.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor 2637
2.11.3.1.3. Mora objetiva y su relación con la mora automática 2638
2.11.3.2. Con respecto a la mora del acreedor 2639
2.11.3.2.1. Sistema de las ofertas reales 2639
2.11.3.2.2. Sistema de la consignación judicial 2639
2.12. La mora y el lugar donde se debe efectuar el pago 2641
2.12.1. Algunas reflexiones en torno al principio *favor debitoris*, como justificación para mantener el principio general del domicilio del deudor como lugar del pago 2646
2.12.2. Algunas consideraciones finales en torno al sistema idóneo de constitución en mora. Nuestra opinión al respecto 2648

MORA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO Y OTROS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA MORA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1334 2651
2. Análisis 2651
2.1. Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero 2652
2.2. Otros supuestos controvertidos en torno a la configuración de la mora del deudor 2653

FONDO EDITORIAL CASTILLO FREYRE

2.2.1. Obligaciones de no hacer 2653
2.2.2. Obligaciones de hacer o de dar, cuando resulta demasiado tarde para ejecutarlas 2661
2.2.3. Cuando la obligación deviene en imposible o inútil 2661
2.2.4. Obligaciones de ejecución continuada 2662
2.2.5. Materia de actos ilícitos 2662
2.2.6. Como preludio a la condena de daños y perjuicios 2662

MORA EN OBLIGACIONES RECÍPROCAS. OTRO SUPUESTO CONTROVERTIDO EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA MORA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1335 2665
2. Análisis 2666

RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR MORA

1. Fuentes nacionales del artículo 1336 2668
2. Análisis 2669

PRESTACIÓN INÚTIL PARA EL ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1337 2671
2. Análisis 2672

MORA DEL ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1338 2674
2. Análisis 2675
2.1. Concepto y requisitos de la mora del acreedor 2675
2.2. La cooperación del acreedor 2681
2.3. Los efectos de la mora del acreedor 2686
2.3.1. Si la prestación deviene en imposible sin culpa del propio acreedor, la obligación se extingue 2686
2.3.2. Subsistencia de la contraprestación, si la hubiere 2687
2.3.3. Hacer cesar la mora del deudor o evitar que se produzca si aún no había incurrido en ella 2687
2.3.4. Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido 2688
2.3.5. El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida 2688
2.3.6. La mora del acreedor excluye la del deudor 2688
2.3.7. Deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al deudor 2689
2.3.8. Otros efectos de la mora del acreedor 2689
2.4. La mora del acreedor y el pago por consignación judicial 2691

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.11.1. Polémica en torno al sistema de constitución en mora que imperaba en el Derecho romano 2619
2.11.2. Breve revisión del Derecho extranjero en torno a los sistemas de constitución en mora 2624
2.11.3. Sistemas de constitución en mora 2627
2.11.3.1. Respecto a la mora del deudor 2627
2.11.3.1.1. Sistema de la mora *ex personae* o mora con interpelación 2627
2.11.3.1.2. Sistema de la mora ex re o mora sin interpelación 2630
2.11.3.1.2.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente 2631
2.11.3.1.2.1.1. Mora legal 2631
2.11.3.1.2.1.2. Mora convencional 2632
2.11.3.1.2.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación 2634
2.11.3.1.2.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación 2636
2.11.3.1.2.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor 2637
2.11.3.1.3. Mora objetiva y su relación con la mora automática 2638
2.11.3.2. Con respecto a la mora del acreedor 2639
2.11.3.2.1. Sistema de las ofertas reales 2639
2.11.3.2.2. Sistema de la consignación judicial 2639
2.12. La mora y el lugar donde se debe efectuar el pago 2641
2.12.1. Algunas reflexiones en torno al principio *favor debitoris*, como justificación para mantener el principio general del domicilio del deudor como lugar del pago 2646
2.12.2. Algunas consideraciones finales en torno al sistema idóneo de constitución en mora. Nuestra opinión al respecto 2648

MORA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO Y OTROS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA MORA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1334 2651
2. Análisis 2651
2.1. Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero 2652
2.2. Otros supuestos controvertidos en torno a la configuración de la mora del deudor 2653

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.1. Obligaciones de no hacer 2653
2.2.2. Obligaciones de hacer o de dar, cuando resulta demasiado tarde para ejecutarlas 2661
2.2.3. Cuando la obligación deviene en imposible o inútil 2661
2.2.4. Obligaciones de ejecución continuada 2662
2.2.5. Materia de actos ilícitos 2662
2.2.6. Como preludio a la condena de daños y perjuicios 2662

MORA EN OBLIGACIONES RECÍPROCAS. OTRO SUPUESTO CONTROVERTIDO EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA MORA DEL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1335 2665
2. Análisis 2666

RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR MORA

1. Fuentes nacionales del artículo 1336 2668
2. Análisis 2669

PRESTACIÓN INÚTIL PARA EL ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1337 2671
2. Análisis 2672

MORA DEL ACREEDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1338 2674
2. Análisis 2675
2.1. Concepto y requisitos de la mora del acreedor 2675
2.2. La cooperación del acreedor 2681
2.3. Los efectos de la mora del acreedor 2686
2.3.1. Si la prestación deviene en imposible sin culpa del propio acreedor, la obligación se extingue 2686
2.3.2. Subsistencia de la contraprestación, si la hubiere 2687
2.3.3. Hacer cesar la mora del deudor o evitar que se produzca si aún no había incurrido en ella 2687
2.3.4. Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido 2688
2.3.5. El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida 2688
2.3.6. La mora del acreedor excluye la del deudor 2688
2.3.7. Deber de indemnizar los daños y perjuicios causados al deudor 2689
2.3.8. Otros efectos de la mora del acreedor 2689
2.4. La mora del acreedor y el pago por consignación judicial 2691

ESTUDIO ARIAS CASTILLO FREYRE

2.4.1. Diferencias entre la mora del acreedor y el pago por consignación 2692
2.4.1.1. En cuanto a la causa 2692
2.4.1.2. En cuanto al riesgo y a los intereses 2693
2.4.1.3. En cuanto a su naturaleza judicial o extrajudicial 2693
2.4.1.4. En cuanto a su eventual carácter transitorio o instantáneo 2694
2.4.1.5. En cuanto a la justificación de la conducta omisiva 2695
2.4.1.6. En cuanto a la obligatoriedad de consignar 2695
2.4.1.7. En cuanto a sus efectos 2695
2.5. Extinción de la mora del acreedor 2696
2.5.1. Renuncia de la parte afectada o perjudicada 2696
2.5.2. El acreedor efectúa el acto de cooperación que omitió ofreciendo todo lo que debe en virtud de la mora 2696
2.5.3. Por la extinción de la obligación 2697
2.5.4. Cuando el deudor vuelve a ofrecer el pago y éste es aceptado por el acreedor 2697
2.5.5. El discutible supuesto del retiro de la cosa consignada 2698

INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS QUE LA MORA CAUSE AL DEUDOR

1. Fuentes nacionales del artículo 1339 2699
2. Análisis 2699

ASUNCIÓN DEL RIESGO POR LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO

1. Fuentes nacionales del artículo 1340 2701
2. Análisis 2701

MORA Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

1. Introducción 2705
2. Los caminos existentes ante el incumplimiento contractual 2706
3. La mora y los diversos caminos para resolver un contrato 2707
3.1. Resolución judicial o arbitral por incumplimiento 2707
3.2. Mora y resolución extrajudicial 2711
3.3. La mora y la cláusula resolutoria expresa 2712
4. Repensando los efectos de la mora 2714
5. A modo de conclusión 2714

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo tercero
Obligaciones con cláusula penal

1. Concepto de la cláusula penal 2716
2. Interpretación de la cláusula penal 2718
   2.1. Interpretación restrictiva de la cláusula penal 2718
   2.2. Interpretación común de la cláusula penal 2721
   2.3. Nuestra posición 2722
   2.4. Consecuencias derivadas de la interpretación restrictiva de la cláusula penal 2722
3. La pena convencional como eventual acto separado 2724
4. El objeto de la cláusula penal 2725
   4.1. Posibilidad del objeto 2728
   4.2. Licitud del objeto 2729
   4.3. Determinación o determinabilidad del objeto 2730
   4.4. La patrimonialidad del objeto 2731
   4.5. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de dar 2732
   4.6. Cláusulas que tienen por objeto una prestación de hacer 2734
   4.7. Cláusulas que tienen por objeto prestaciones de no hacer 2734
   4.8. La estipulación que consista en la pérdida de los plazos acordados 2735
   4.9. La estipulación que consiste en la pérdida de derechos ¿puede ser objeto de la cláusula penal? 2736
   4.10. Las amonestaciones al deudor ¿pueden ser objeto de la cláusula penal? 2738
   4.11. La estipulación que consiste en la pérdida de prestaciones satisfechas a raíz de la rescisión o resolución de un contrato ¿puede ser objeto de la cláusula penal? 2738
   4.12. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de objeto plural 2739
   4.13. Posibilidad de que la cláusula penal consista en una obligación de tracto sucesivo 2740
   4.14. Posibilidad de que el objeto de la cláusula penal sea diferente al objeto de la obligación principal 2741
5. La causa fuente de la cláusula penal 2742
   5.1. El contrato como fuente de la cláusula penal 2743
   5.2. La voluntad unilateral como fuente de la cláusula penal 2743
   5.3. La ley como causa-fuente de la cláusula penal 2747
   5.4. La sentencia como causa-fuente de la cláusula penal 2750
6. La causa-fin de la cláusula penal 2750
7. Formalidad de la cláusula penal 2752
8. Los sujetos 2758

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8.1. El deudor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal 2760
8.2. El acreedor de la obligación principal como deudor de la cláusula penal 2761
8.3. Terceros, ajenos a la obligación principal, como deudores de la cláusula penal. Las relaciones entre la cláusula penal y la fianza 2762
8.4. La cláusula penal y la promesa de la obligación o del hecho de un tercero 2767
9. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por parte de mandatarios .. 2771
9.1. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas naturales 2771
9.2. Pacto y exigencia de cobro de cláusulas penales por mandatarios de personas jurídicas 2773
10. Beneficiarios del pago de la cláusula penal 2775
11. La expresión de la voluntad 2779
12. Modalidades de la cláusula penal 2781
13. Características de la cláusula penal 2784
13.1. Es una convención accesoria 2784
13.2. Es una convención condicional 2784
13.3. Es una convención de carácter preventivo 2786
13.4. Es una convención de carácter subsidiario 2787
13.5. Es una convención de carácter aleatorio 2788
14. Criterios clasificatorios de la cláusula penal 2791
14.1. Por su origen: legal, convencional o unilateral 2791
14.2. Por su inclusión o no en el negocio principal 2792
14.2.1. La cláusula penal como cláusula del negocio principal 2792
14.2.2. La cláusula penal como negocio jurídico separado 2792
14.3. Por su función 2793
14.3.1. Cláusula penal pura 2793
14.3.2. Cláusula penal no pura 2793
14.3.3. Cláusula penal acumulativa 2795
14.3.4. Cláusula penal sustitutiva 2795
14.3.5. Cláusula penal compensatoria 2796
14.3.6. Cláusula penal moratoria 2796
15. Condiciones de aplicación de la cláusula penal 2800
15.1. La existencia de una obligación principal válida 2801
15.2. Validez de la cláusula penal estipulada 2801
16. Extinción de la cláusula penal 2801
16.1. Por razón de la obligación principal 2802
16.1.1. Pago 2803
16.1.2. Pago por consignación 2805
16.1.3. Imputación del pago 2805

GUSTAVO MARIO CASTILLO FREYRE

16.1.4. Pago con subrogación 2806
16.1.5. Dación en pago 2806
16.1.6. Novación 2806
16.1.7. Compensación 2806
16.1.8. Condonación y renuncia 2807
16.1.9. Consolidación 2808
16.1.10. Transacción 2808
16.1.11. Mutuo disenso 2809
16.1.12. La anulación o declaración de nulidad de la obligación principal 2809
16.1.13. Imposibilidad de pago 2809
16.1.14. Cumplimiento de la condición resolutoria 2809
16.1.15. Cumplimiento del plazo resolutorio 2810
16.1.16. Prescripción y caducidad 2810
16.2. Por razón de la propia cláusula penal 2811
16.2.1. Compensación 2811
16.2.2. Renuncia 2811
16.2.3. Imposibilidad de pago 2812
16.2.4. Muerte del deudor 2812
16.2.5. Prescripción 2812
16.3. Por razón de su conexión con otras instituciones 2813
17. Diferencias entre la cláusula penal y otras figuras e instituciones jurídicas .. 2813
17.1 Diferencias con las obligaciones alternativas 2814
17.2. Diferencias con las obligaciones facultativas 2816
17.3. Diferencias con las obligaciones condicionales 2818
17.4. Diferencias con el contrato de fianza 2821
17.5. Diferencias con el contrato de seguro 2822
17.6. Diferencias con la indemnización ordinaria de daños y perjuicios 2823
17.7. Diferencias con las cláusulas limitativas de responsabilidad 2823
17.8. Diferencias con las sanciones conminatorias o «astreintes» 2825
17.9. Diferencias con las arras 2826
17.9.1. Diferencias entre la cláusula penal y las arras confirmatorias 2827
17.9.2. Diferencias entre la cláusula penal y las arras de retractación 2827
17.10. Diferencias con los intereses moratorios 2828

FUNCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1341 2830
2. Análisis 2831
2.1. Función indemnizatoria de la cláusula penal 2831
2.1.1. Pautas de la función indemnizatoria de la cláusula penal 2836
2.1.1.1. Indemnización 2836
2.1.1.2. Disminución 2836
2.1.1.3. Aumento 2836

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.1.2. Posición que asume el carácter no forzoso indemnizatorio de la cláusula penal 2837
2.2. Función compulsiva de la cláusula penal 2838
2.3. Función compulsiva e indemnizatoria de la cláusula penal 2847
2.4. Función punitiva de la cláusula penal 2849
2.5. Función de simplificación probatoria de la cláusula penal 2850
2.6. Función resolutoria de la cláusula penal 2851
2.7. Función de pena acumulativa de la cláusula penal 2853
2.8. Función de pena de arrepentimiento de la cláusula penal 2853
2.9. Función de cobertura de riesgo de la cláusula penal 2854
2.10. Función polivalente de la cláusula penal 2855
2.11. Conclusiones en torno a la funcionalidad de la cláusula penal en el marco de la legislación peruana 2856

FUNCIÓN MORATORIA DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1342 2862
2. Análisis 2864

EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1343 2865
2. Análisis 2866
2.1. Incumplimiento total o cumplimiento parcial, defectuoso, fuera de tiempo o lugar de la obligación principal 2866
2.2. Constitución en mora del deudor 2868
2.2.1. Las reglas de Kemelmajer de Carlucci 2868
2.2.2. La cláusula penal en las obligaciones de no hacer 2874
2.3. Que el incumplimiento sea imputable al deudor 2877
2.4. La cláusula penal exime al acreedor de la prueba de los daños y perjuicios 2884
2.5. Materias que deben probarse 2887

MOMENTO DE ESTIPULACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1344 2890
2. Análisis 2890

ACCESORIEDAD DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1345 2896
2. Análisis 2897
2.1. Consecuencias del principio de accesoriedad de la cláusula penal 2903
2.2. Excepciones al principio de accesoriedad de la cláusula penal 2914
2.2.1. Cuando el deudor conocía la causal de invalidez al momento de la celebración del acto 2914

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2.2. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos en los que se vende cosas ajenas 2916
2.2.2.1. Contrato nulo 2918
2.2.2.2. Contrato anulable 2919
2.2.2.3. La anulabilidad de la venta de bien ajeno según el Proyecto de Código Civil de Andrés Bello y los códigos civiles que lo tomaron como modelo 2920
2.2.2.4. Códigos civiles que consideran a la venta de bien ajeno como un contrato resoluble 2921
2.2.2.5. Códigos civiles que se abstienen de pronunciarse sobre el tema de la venta de bien ajeno 2923
2.2.2.6. Códigos civiles que consideran a la venta de bien ajeno como contrato rescindible. La singular posición del Código Civil peruano de 1984 2923
2.2.3. Cuando se trata de cláusulas penales estipuladas en contratos celebrados en favor de terceros 2926
2.2.4. Cláusulas penales estipuladas en contratos de promesa de la obligación o del hecho de un tercero 2928
2.2.5. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente exista culpa *in contrahendo* 2931
2.2.6. Cláusulas penales estipuladas para casos en donde eventualmente los contratos no lleguen a perfeccionarse 2933
2.2.7. Cláusulas penales pactadas para el caso en que la obligación principal resulte nula por falta de capacidad del deudor 2934
2.3. Incidencia de la nulidad de la cláusula penal con respecto a la obligación principal 2935
2.4. Cesión del crédito principal 2938
2.5. Extinción de la obligación principal 2938
2.6. Garantías de la obligación principal 2938

REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

1. Fuentes nacionales del artículo 1346 2940
2. Análisis 2942
2.1. Evolución histórica y legislación comparada 2942
2.2. La cláusula penal en el Derecho peruano 2947
2.2.1. La influencia italiana 2951
2.3. Nuestra opinión 2952

EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL EN LAS OBLIGACIONES CON SUJETOS PLURALES

1. Fuentes nacionales del artículo 1347 2968
2. Fuentes nacionales del artículo 1348 2969
3. Fuentes nacionales del artículo 1349 2971

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

4. Fuentes nacionales del artículo 1350 2972
5. Análisis de los artículos 1347, 1348, 1349 y 1350 2973
5.1. Efectos en general 2974
5.1.1. Si la cláusula penal fuese compensatoria 2974
5.1.2. Si la cláusula penal fuese moratoria 2977
5.1.3. Acumulación de cláusulas penales moratorias y compensatorias 2980
5.1.4. Acumulación de la cláusula penal y la indemnización de daños y perjuicios 2981
5.1.5. Acumulación de la cláusula penal e intereses 2984
5.1.5.1. Acumulación de la cláusula penal e intereses moratorios 2985
5.1.5.2. Pena e intereses compensatorios 2987
5.1.6. Acumulación de la cláusula penal y las «astreintes» 2987
5.1.7. ¿La cláusula penal devenga intereses? 2994
5.1.8. Cláusula penal y depreciación monetaria 2997
5.1.9. Cláusula penal y resolución 3001
5.2. Efectos de la cláusula penal en las obligaciones con sujetos plurales. 3011
5.2.1. Unas palabras sobre el Derecho Sucesorio y las obligaciones de sujeto plural 3011
5.2.2. Estado de indivisión y partición de la masa hereditaria 3011
5.2.3. Consideraciones generales sobre las cláusulas penales y las obligaciones con pluralidad de sujeto 3013
5.2.3.1. Divisibilidad e indivisibilidad de la obligación de la cláusula penal 3015
5.2.3.1.1. Pluralidad de deudores 3015
5.2.3.1.2. Pluralidad de acreedores 3019
5.2.3.1.3. Pluralidad de deudores y de acreedores. 3022
5.2.3.2. Mancomunidad o solidaridad en la cláusula penal .. 3024
5.2.3.2.1. Pluralidad de deudores 3024
5.2.3.2.2. Pluralidad de acreedores 3026
5.2.3.2.3. Pluralidad de deudores y de acreedores. 3027
5.2.3.3. Derechos de los codeudores no culpables del incumplimiento 3027

Bibliografía 3031

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