



FELIPE OSTERLING PARODI  
MARIO CASTILLO FREYRE

TRATADO DE LAS OBLIGACIONES  
TERCERA PARTE - TOMO IX

Biblioteca  
Para leer el  
Código Civil  
VOL. XVI

FELIPE OSTERLING PARODI  
MARIO CASTILLO FREYRE  
TRATADO DE LAS  
OBLIGACIONES



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



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1999

Felipe Osterling Parodi, abogado y Doctor en Derecho, fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Es profesor principal de esta materia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre, abogado y Doctor en Derecho, es profesor de Obligaciones y Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Femenina del Sagrado Corazón y Universidad de Lima.

La presente obra trata sobre la Teoría General de las Obligaciones y luego analiza, en forma exegética, el articulado del Código Civil Peruano de 1984 relativo a esta materia, vinculando los temas con sus antecedentes nacionales y extranjeros, doctrina, jurisprudencia y concordancias.

En palabras del ilustre jurista argentino Doctor Guillermo A. Borda "...esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984; es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del derecho civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana".





# TRATADO DE LAS OBLIGACIONES

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

**MARIO CASTILLO FREYRE**

Profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima

**FELIPE OSTERLING PARODI**

Profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

# **TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**

## **TERCERA PARTE**

**TOMO IX**

BIBLIOTECA  
PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XVI



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU**  
**FONDO EDITORIAL 1999**

Primera edición, noviembre de 1999. 500 ejemplares

*Cubierta:* Grabado de Honoré Daumier

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

*Copyright* © 1999 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Av. Universitaria, cdra. 18, San Miguel, Lima, Perú.  
Tlfs. 460-2870, 460-2291 anexo 220, 356.  
Telefax 460-0872. E-mail: feditor@pucp.edu.pe

*Derechos reservados*

ISBN 9972-42-161-5  
ISBN 9972-42-015-9

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Made in Peru

## TITULO IV Compensación

Compensación. Conceptos Generales .....	15
Artículo 1288 .....	15
Fuentes nacionales del artículo 1288 .....	15
Fuentes y concordancias extranjeras .....	18
Análisis .....	19
Jurisprudencia peruana del artículo 1288 .....	149
Concordancias nacionales .....	151
Compensación convencional. Requisitos .....	153
Artículo 1289 .....	153
Fuentes nacionales del artículo 1289 .....	153
Fuentes y concordancias extranjeras .....	154
Análisis .....	155
Concordancias nacionales .....	159
Supuestos en que no se permite la compensación .....	161
Artículo 1290 .....	161
Fuentes nacionales del artículo 1290 .....	161
Fuentes y concordancias extranjeras .....	165
Análisis .....	168
Jurisprudencia peruana del artículo 1290 .....	205
Concordancias nacionales .....	206
Posibilidad de oponer la compensación por parte de un ga- rante .....	207
Artículo 1291 .....	207
Fuentes nacionales del artículo 1291 .....	207
Fuentes y concordancias extranjeras .....	209

Análisis .....	210
Concordancias nacionales .....	215
Supuesto del deudor que ha asentido en que su acreedor ceda su derecho a un tercero. Consecuencias .....	217
Artículo 1292 .....	217
Fuentes nacionales del artículo 1292 .....	217
Fuentes y concordancias extranjeras .....	219
Análisis .....	220
Concordancias nacionales .....	224
La compensación y la imputación del pago .....	225
Artículo 1293 .....	225
Fuentes nacionales del artículo 1293 .....	225
Fuentes y concordancias extranjeras .....	227
Análisis .....	227
Concordancias nacionales .....	232
Efectos de la compensación respecto de terceros .....	233
Artículo 1294 .....	233
Fuentes nacionales del artículo 1294 .....	233
Fuentes y concordancias extranjeras .....	234
Análisis .....	235
Concordancias nacionales .....	239

## TITULO V Condonación

Condonación. Concepto, probanza, naturaleza y efectos ....	241
Artículo 1295 .....	241
Fuentes nacionales del artículo 1295 .....	241
Fuentes y concordancias extranjeras .....	243
Análisis .....	245
Jurisprudencia peruana del artículo 1295 .....	293
Concordancias nacionales .....	293
Condonación efectuada a uno de los garantes. Efectos .....	295
Artículo 1296 .....	295

Fuentes nacionales del artículo 1296.....	295
Fuentes y concordancias extranjeras.....	297
Análisis.....	299
Concordancias nacionales.....	302
Condonación tácita operada mediante la entrega del documento en que consta la deuda. Presunciones.....	303
Artículo 1297.....	303
Fuentes nacionales del artículo 1297.....	303
Fuentes y concordancias extranjeras.....	306
Análisis.....	307
Concordancias nacionales.....	319
Condonación de la prenda. Presunciones.....	321
Artículo 1298.....	321
Fuentes nacionales del artículo 1298.....	321
Fuentes y concordancias extranjeras.....	322
Análisis.....	323
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1298.....	328
Fundamento.....	328
Concordancias nacionales.....	329
La condonación de la prenda no implica la de la deuda.....	331
Artículo 1299.....	331
Fuentes nacionales del artículo 1299.....	331
Fuentes y concordancias extranjeras.....	333
Análisis.....	333
Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1299.....	337
Fundamento.....	337
Concordancias nacionales.....	337

## TITULO VI Consolidación

Consolidación total y consolidación parcial.....	339
Artículo 1300.....	339

Fuentes nacionales del artículo 1300 .....	339
Fuentes y concordancias extranjeras .....	341
Análisis .....	343
Jurisprudencia peruana del artículo 1300 .....	394
Concordancias nacionales .....	395
Supuesto de cese de la consolidación. Efectos .....	397
Artículo 1301 .....	397
Fuentes nacionales del artículo 1301 .....	397
Fuentes y concordancias extranjeras .....	399
Análisis .....	400
Concordancias nacionales .....	410

## TITULO VII Transacción

Transacción. Concepto, naturaleza jurídica, importancia, efectos y valor .....	411
Artículo 1302 .....	411
Fuentes nacionales del artículo 1302 .....	411
Fuentes y concordancias extranjeras .....	415
Análisis .....	420
Jurisprudencia peruana del artículo 1302 .....	519
Concordancias nacionales .....	524
Necesidad de que la transacción contenga renuncia expresa de cualquier acción futura .....	527
Artículo 1303 .....	527
Fuentes nacionales del artículo 1303 .....	527
Fuentes y concordancias extranjeras .....	529
Análisis .....	529
Concordancias nacionales .....	531
Forma de la transacción .....	533
Artículo 1304 .....	533
Fuentes nacionales del artículo 1304 .....	533
Fuentes y concordancias extranjeras .....	535
Análisis .....	536

Jurisprudencia peruana del artículo 1304 .....	542
Concordancias nacionales .....	544
Derechos sobre los que se puede transigir .....	545
Artículo 1305 .....	545
Fuentes nacionales del artículo 1305 .....	545
Fuentes y concordancias extranjeras .....	547
Análisis .....	548
Jurisprudencia peruana del artículo 1305 .....	559
Concordancias nacionales .....	559
Transacción sobre responsabilidad civil proveniente de delito .....	561
Artículo 1306 .....	561
Fuentes nacionales del artículo 1306 .....	561
Fuentes y concordancias extranjeras .....	563
Análisis .....	563
Jurisprudencia peruana del artículo 1306 .....	568
Concordancias nacionales .....	568
Transacción efectuada por representantes legales de ausentes o incapaces. Requisitos .....	569
Artículo 1307 .....	569
Fuentes nacionales del artículo 1307 .....	569
Fuentes y concordancias extranjeras .....	572
Análisis .....	572
Jurisprudencia peruana del artículo 1307 .....	576
Concordancias nacionales .....	577
Transacción sobre nulidad o anulabilidad de la obligación. Efectos .....	579
Artículo 1308 .....	579
Fuentes nacionales del artículo 1308 .....	579
Fuentes y concordancias extranjeras .....	582
Análisis .....	582
Jurisprudencia peruana del artículo 1308 .....	584
Concordancias nacionales .....	585

Supuesto en el cual la cuestión sobre la que se transige sea precisamente la nulidad o anulabilidad del acto .....	587
Artículo 1309 .....	587
Fuentes nacionales del artículo 1309 .....	587
Fuentes y concordancias extranjeras .....	588
Análisis .....	588
Concordancias nacionales .....	590
Indivisibilidad de la transacción. Efectos .....	591
Artículo 1310 .....	591
Fuentes nacionales del artículo 1310 .....	591
Fuentes y concordancias extranjeras .....	593
Análisis .....	595
Jurisprudencia peruana del artículo 1310 .....	598
Concordancias nacionales .....	599
Solución de controversias a través de la suerte. Aplicación a este supuesto de las normas de la transacción .....	601
Artículo 1311 .....	601
Fuentes nacionales del artículo 1311 .....	601
Análisis .....	602
Concordancias nacionales .....	604
Maneras de ejecutar la transacción judicial y extrajudicial ....	605
Artículo 1312 .....	605
Fuentes nacionales del artículo 1312 .....	605
Fuentes y concordancias extranjeras .....	606
Análisis .....	606
Jurisprudencia peruana del artículo 1312 .....	620
Concordancias nacionales .....	621

## TITULO VIII

### Mutuo disenso

Mutuo Disenso. Concepto y otras apreciaciones sobre la institución .....	623
Artículo 1313 .....	623
Fuentes nacionales del artículo 1313 .....	623

Fuentes y concordancias extranjeras .....	626
Análisis .....	626
Jurisprudencia peruana del artículo 1313 .....	667
Concordancias nacionales .....	667



## TITULO IV

### Compensación

#### – COMPENSACION. CONCEPTOS GENERALES.

**Artículo 1288.**- *“Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.”*

#### – Fuentes nacionales del artículo 1288.

En la legislación colonial, la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 20, Título XIV, Partida Quinta, estatúa lo siguiente **“Compensación es otra manera de pagamiento, por que se desata la obligación de la debda, que un ome deue a otro: e compensatio en latin tanto quiere dezir en romance, como descontar un debdo por otro.”**; en tanto que la Ley 21, Título XIV, Partida Quinta, establecía **“Descontarse pueden en manera de compensacion, todas las debdas que son de cosas que se pueden contar, o pesar, o medir, fasta en aquella quantia que el un debdor deuiere al otro.”**

En la legislación republicana, este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* abordaba el tema en los artículos 884: “Compensación es una especie de pago por el que se desata y quita la obligación de una deuda por otra entre dos sujetos, que son a un mismo tiempo acreedores y deudores.”; 885: “Cuando dos personas son deudoras la una de la otra, se hace entre ellas una compensación que extingue las deudas, de la manera y en los casos que se van a aplicar.”; 886: “Se hace la compensación por sólo la fuerza de la ley aun sin consentimiento de los deudores, y las deudas se extinguen recíprocamente hasta el monto de las respectivas cuotas, desde que ellas existen juntas.”; y 887: “Para que la compensación tenga lugar, es menester, que las deudas tengan por objeto, o una suma de dinero, o una cantidad determinada de cosas fungibles de la misma especie, y que sean igualmente líquidas y exigibles. Los empréstitos de granos o de géneros sobre los que no se ha movido pleito, y cuyo precio está arreglado por la autoridad pública, pueden comenzarse con sumas líquidas, y exigibles.”

El *Código Civil de 1852* hacía lo propio en sus numerales 2252: “La compensación es el descuento de una deuda por otra, entre dos sujetos recíprocamente acreedores.”; 2253: “La compensación se verifica, por el ministerio de la ley, desde el instante en que coexisten ambas deudas.”; y 2254: “Para que se verifique la compensación, se requiere que las cantidades sean líquidas y exigibles.”

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba la materia en los artículos 2982: “Compensación es la extinción total o parcial de las deudas entre personas que llegan a ser recíprocamente acreedoras.”; 2983: “Para que haya compensación se requiere: 1° Que las deudas sean de dinero, o de cosas fungibles de la misma especie y calidad; y 2° Que, al tiempo de la compensación, las cantidades debidas sean líquidas y exigibles.– También puede compensarse una especie con otra no fungible, siempre que ambas tengan su respectivo precio, fijado por la ley, por el Juez, o por convenio de los interesados.”; y 2984: “Desde la fecha en que dos personas tienen deudas con los requisitos del artículo 2983, quedan éstas compensadas, **ipso jure**, hasta donde alcance la menor de ellas.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en su artículo 262: “Por efecto de la compensación se considerarán extinguidos los créditos hasta donde respectivamente alcancen, desde el momento en que coexistan y hayan sido opuestos el uno al otro.” El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, se ocupaba del tema en sus artículos 250: “Por efecto de la compensación se considerarán extinguidos los créditos hasta donde respectivamente alcancen, desde el momento en que coexisten y hayan sido opuestos el uno al otro.”; y 252: “Para que se verifique la compensación, se requiere que las deudas sean exigibles.”

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, consignaba en el artículo 1283 lo siguiente: “Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo.”; mientras que el *Código Civil de 1936*, hacía lo propio en el artículo 1294: “Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordó el tema en su artículo 151: “Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, siempre que hayan sido opuestas la una a la otra. La declaración de compensación funciona retroactivamente.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 143: “Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del*

año 1981, en el artículo 1306: “Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1255: “Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1288 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Boliviano de 1831 (artículo 882), Venezolano de 1880 (artículos 1232 al 1234), Portorriqueño de 1930 (artículo 1149), Uruguayo (artículos 1497 al 1499), Ecuatoriano (artículos 1698 y 1699), Venezolano de 1942 (artículos 1331 al 1333), Chileno (artículos 1655 y 1656) y Boliviano de 1976 (artículo 363), el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 878), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 875), el Código Brasileño (artículos 1009, 1010 y 1018), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículos 591, 592 y 593), y los Códigos Mexicano (artículos 2185, 2187 y 2188), Francés (artículos 1290, 1291 y 1292) e Italiano de 1942 (artículos 1241, 1242 y 1243).

También concuerdan con el precepto nacional los Códigos Civiles Panameño (artículos 1081 y 1082) y Hondureño de 1906 (artículos 1473 y 1474), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículos 367 y 373), el Código Civil Portugués de 1967 (artículo 847), el Código de la Provincia de Québec (artículos 1187 y 1188), y los Códigos Argentino (artículos 819 y 820), Etíope (artículo 1831), Cubano de 1988 (artículo 301), Alemán (artículo 387), Paraguayo de 1987 (artículo 615), Guatemalteco de 1973 (artículo 1471), Español (artículo 1195) y Chino (artículo 334), así como el

Proyecto Franco-Italiano de Código de Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 216).

Por su parte, el Código Civil Chino de 1930 (artículo 336) establece que la compensación es igualmente posible entre las obligaciones cuyo pago debe ejecutarse en lugares diferentes. Con él concuerdan los Códigos Civiles Venezolano de 1880 (artículo 1239) y Venezolano de 1942 (artículo 1338), al establecer que las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse mediante indemnización de los gastos de transporte o cambio a lugar del pago. Asimismo, los Códigos Civiles Español (artículo 1199), Portugués (artículo 852), Guatemalteco de 1973 (artículo 1476), Portorriqueño de 1930 (artículo 1153) y Brasileño (artículo 1022), y el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 376), prescriben que las deudas pagaderas en diferentes lugares pueden compensarse mediante indemnización de los gastos de transporte o cambio a lugar del pago; y el Código Alemán (artículo 391) dispone que la compensación no es excluida por el hecho de que para los créditos existan distintos lugares de prestación o de entrega. Sin embargo —añade— la parte compensante ha de indemnizar el daño que la otra parte sufra por el hecho de que, a consecuencia de la compensación, no reciba o no pueda efectuar la prestación en el lugar determinado. Y agrega, finalmente, que si está pactado que la prestación debe realizarse en un determinado tiempo y en un determinado lugar, en la duda ha de entenderse que la compensación de un crédito, para el cual existe otro lugar de prestación, debe estar excluida.

En sentido diverso, los Códigos Chileno (artículo 1664) y Ecuatoriano (artículo 1707) señalan que cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean de dinero, y que el que opone tenga en cuenta los costos de la remesa.

#### – **Análisis.**

Uno de los medios extintivos de obligaciones con mayor incidencia práctica es la compensación.

Cuando un deudor tiene un crédito contra su acreedor es posible, en la medida en que se cumplan los requerimientos exigidos por la ley, que obtenga su liberación oponiendo a éste la extinción de ambos créditos por compensación.

La palabra compensación proviene del vocablo latino **compensare**, que a su vez se deriva de **pensare cum**, que significa “pensar con”, en el sentido de balancear una deuda con otra. Por ello, en el Digesto 16.2.1., Modestino define a la compensación como la contribución o equilibrio entre un crédito y una deuda. **Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.**

Giorgi, citado por Cazeaux y Trigo Represas<sup>(1)</sup>, refiere que, cuando una persona es deudora y acreedora a un mismo tiempo de otra, pone por así decirlo en los platillos de la balanza, en uno la deuda y en el otro el crédito, y si los encuentra de igual peso ofrece a la parte contraria o pide al juez que considere ambos extinguidos, el uno con el otro, en virtud de la compensación.

En opinión nuestra, la compensación es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el Código Civil Peruano califica, adicionalmente, como homogéneas, cuyo valor puede ser idéntico o no. Así, por ejemplo, si Pablo le debe a José 100,000.00 nuevos soles, pero a su vez Pablo es acreedor de José por igual cantidad, la compensación opera de modo que la deuda de Pablo y la deuda de José se extinguen íntegramente. Empero, si Pablo fuese acreedor de José por una cantidad menor (60,000.00 nuevos soles, por ejemplo), cuando la compensación se verifica, la deuda de Pablo se entiende extinguida por 60,000.00 nuevos soles, mas subsistente por el saldo no compensado, esto es, por 40,000.00 nuevos soles.

Se trata, en suma, de lo que numerosos autores consideran

---

(1) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 291.

como un doble pago abreviado, que evita el doble desplazamiento de numerario o de otros bienes; y que cumple, además, una relevante función de garantía, como posteriormente se explicará.

La compensación, según Salvat<sup>(2)</sup>, en el sentido lato de la palabra, es el balance entre dos obligaciones que se extinguen recíprocamente, si ambas son de igual valor, o sólo hasta donde alcance la menor, cuando ellas son de un valor diferente.

Jacques Dupichot<sup>(3)</sup> señala que cuando el deudor se convierte en acreedor de su propio acreedor, las dos obligaciones se compensan; la más débil se extingue, y la otra se disminuye en cantidad hasta la concurrencia de la deuda.

Para Josserand<sup>(4)</sup>, la compensación puede definirse como la extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas coexistentes en sentido inverso entre las mismas personas.

A decir de Levensgahen<sup>(5)</sup>, cuando dos personas fueran mutuamente deudoras y acreedoras, no habrá necesidad de que una pague a la otra lo que le debe, pues las deudas recíprocas se extinguen. Siendo una de las deudas mayor que la otra, la extinción recíproca se hará hasta el límite de la menor, permaneciendo lo restante como única deuda existente. Si las deudas fueran iguales se extinguen las dos obligaciones recíprocas totalmente.

Los tratadistas citados se refieren, sin embargo, a dos obligaciones recíprocas. Pero pueden ser más. Nada se opone, en efecto, a que la compensación opere, en la medida en que exista reciprocidad, cuando se trate de tres, cuatro o más obligaciones. Así, por ejemplo, si María le debe a Antonio 100,000.00 nuevos soles, pero María, a su vez, es acreedora de Antonio en cinco obligaciones distintas de 20,000.00 nuevos soles cada una, la

---

(2) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 85.

(3) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 120.

(4) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 719.

(5) LEVENGAHEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 154.

compensación extinguiría seis obligaciones. Y si en el mismo ejemplo propuesto María fuera acreedora de Antonio en cuatro obligaciones de 20,000.00 nuevos soles cada una, se extinguirían estas cuatro obligaciones y María continuaría como deudora de Antonio pero sólo por la diferencia de 20,000.00 nuevos soles.

Ahora bien, el Código Civil Peruano de 1984 regula en el artículo 1288, bajo comentario, la compensación como un medio extintivo de obligaciones. En este sentido, resulta de interés precisar la manera en que esta figura puede catalogarse, conforme a los diversos criterios clasificatorios que hemos adoptado con anterioridad<sup>(6)</sup>.

De acuerdo con sus efectos, la compensación puede considerarse, en algunos casos, como un medio extintivo en estricto (en el sentido que importa la desaparición de las obligaciones) y, en otros, como un medio extintivo parcial.

Conviene observar que, cuando la cuantía de las prestaciones recíprocas es idéntica y la compensación se verifica, tales obligaciones se extinguen totalmente. De allí que esta figura pueda catalogarse como un medio extintivo en estricto. Sin embargo, cuando el valor de las prestaciones recíprocas es diverso, la deuda o deudas de mayor valor se extinguen parcialmente, hasta donde alcance la menor o las menores, de suerte que la compensación parcial constituye tan sólo un medio extintivo parcial.

Según las partes que intervienen, la compensación puede clasificarse como un medio extintivo de las obligaciones unilateral o bilateral, de acuerdo con el tipo de compensación de que se trate.

Conforme se verá más adelante, la compensación puede ser unilateral o convencional. En el primer caso, la compensación opera a instancia de parte, esto es, sin que se requiera del asentimiento de la contraparte –vale decir, apoyándose en lo dispuesto

---

(6) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 133 y siguientes.

por la ley-. En tanto que en el segundo caso, tratándose de la compensación convencional, se requiere del acuerdo entre acreedor y deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones.

Cabe advertir, sin embargo, que estas últimas características son propias del Derecho peruano y de numerosas legislaciones modernas, pues en otras la compensación opera de pleno derecho, por la simple coexistencia de obligaciones recíprocas, sin intervención de la voluntad. Esta materia, de rasgos trascendentales, será luego analizada con pulcritud.

Por la intervención de la voluntad humana, la compensación constituye un medio voluntario extintivo de obligaciones, por considerar que su eficacia se produce o a instancia de parte o en virtud del acuerdo entre los contratantes, al menos, como hemos señalado, en la legislación peruana y en otros Códigos modernos, y nunca de pleno derecho, salvo en casos singulares, ajenos a la ley civil, como ocurre, por ejemplo, con las cuentas corrientes mercantiles y bancarias que después estudiaremos, las cuales, por cierto, tienen sus propias modalidades.

De acuerdo con el criterio clasificatorio de la normalidad, la figura bajo análisis se perfila como un medio normal de extinción de obligaciones, toda vez que se encuentra regulada por el Código Civil como una de las vías extintivas de obligaciones.

Según la satisfacción del interés del acreedor, la compensación es un medio satisfactorio, ya que el cumplimiento de la prestación debida –aunque ficto– satisface dicho interés.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas<sup>(7)</sup>, la compensación es un medio satisfactorio para ambas partes, por cuanto cada uno de los acreedores-deudores sustituye la ventaja de no deber la pres-

---

(7) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 292.

tación prometida, por el beneficio de recibir aquello de lo que era acreedor.

Por su idoneidad, la compensación puede ser catalogada como un medio no ideal de extinción de obligaciones, toda vez que, según el parecer mayoritario de la doctrina consultada, importa un cumplimiento ficto<sup>(8)</sup>.

Al respecto, deben hacerse algunas precisiones.

Se dice que la compensación supone un cumplimiento ficto de la prestación debida, por cuanto el deudor extingue su deuda con lo que su acreedor le debe. Esto es, que en la compensación cada contratante paga con lo que la otra parte le adeuda, de suerte que no hay desplazamiento o entrega de bien alguno o, muy ocasionalmente, la ejecución del hecho.

Según Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(9)</sup>, por la compensación se obvia la materialidad de las entregas respectivas, es decir, se evita el transporte de las cosas incluidas en la prestación, de modo que cada acreedor satisface su interés mediante la liberación de su deuda.

Aclaran los profesores citados que la ley se hace cargo de la inutilidad que resultaría de imponer a uno de los sujetos el cumplimiento de su propia obligación, para recibir, a su turno, el cumplimiento de la otra, disponiendo la extinción –hasta la concurrencia del monto de la menor– de las dos obligaciones recíprocas, sin necesidad de que se cumplan ambas prestaciones.

A nuestro modo de ver, ello es así por razones de seguridad, eficiencia y equidad.

---

(8) Esto es así, tratándose de la compensación de carácter civil, ya que la compensación en las cuentas corrientes reviste, como hemos señalado, ciertas particularidades que precisaremos más adelante.

(9) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 297.

Parece justo y más eficiente que si un acreedor debe a su propio deudor, en vez de requerir el cumplimiento de la prestación que se le adeuda, considere extinguido su crédito a cambio de que su deudor realice lo propio, aceptando por cumplida la obligación que aquél le debe<sup>(10)</sup>.

Lo contrario supondría asumir un riesgo innecesario e incurrir en costos adicionales.

Nótese que si un acreedor no optase por compensar las deudas recíprocas, debe requerir el pago a su deudor e incurrir, por tanto, en costos y riesgos. Costos, en la medida en que el cobro de una deuda importa –cuanto menos– tiempo, energías y los gastos que suponen llamadas telefónicas, servicios de facsímil, remisión de cartas notariales, etc., y con frecuencia onerosos procesos judiciales. Y, además, riesgos, toda vez que luego de efectuado el pago es posible el incumplimiento del deudor recíproco.

En efecto, de no existir la compensación, el acreedor continuaría obligado a cumplir con la prestación que adeuda. En este caso, aun si el acreedor fuera quien primero pagase, no evitaría el riesgo de un eventual incumplimiento, ya que su deudor bien podría dar a los bienes entregados un destino diverso al pago al que está obligado con tal acreedor.

La compensación evita todo ello. Por tal razón, no son pocos los autores que reconocen en la figura bajo análisis una función de garantía y un mecanismo que facilita las relaciones entre acreedor y deudor al simplificar dos operaciones en una sola, posición, desde luego, a la que nos adherimos incondicionalmente.

---

(10) En opinión de Valencia Zea (VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 445.), la compensación responde a principios de equidad de inmediata evidencia, pues es justo que, si una persona debe a otra, pueda oponerse al pago de tal deuda si a su vez la primera es acreedora de la segunda y ésta no ha cumplido con pagarle, o aún más, puede pagarse ella misma con el crédito que tiene contra esa persona de la que es acreedora.

Bajo esta perspectiva, Salvat<sup>(11)</sup> señala que no sería justo ni equitativo, cuando una persona es a la vez deudora y acreedora de otra, obligarla a pagar para que después cobre lo que se le debe; el acreedor podría percibir su dinero, gastarlo y hasta caer en insolvencia, con demoras y perjuicios evidentes para su ex-deudor que le pagó y quién sabe si podrá cobrar lo que a su vez se le debía; desde este punto de vista, la compensación llena una función de garantía. Y agrega que la compensación simplifica los pagos, evitando un transporte inútil de dinero y algunas veces pleitos igualmente inútiles entre las partes; en lugar de hacerse un doble pago recíproco, las dos obligaciones se balancean y se extinguen, como si cada uno de los acreedores hubiera percibido del otro y vuelto a entregar inmediatamente el importe de su respectivo crédito.

A decir de Planiol y Ripert<sup>(12)</sup>, la función de la compensación es doble: simplifica y garantiza los pagos. Por un lado, evita un doble pago en sentido inverso y lo reemplaza por el simple pago del exceso de la cantidad mayor sobre la menor; y la manipulación de fondos y los envíos de dinero, con sus gastos, lentitudes y riesgos, quedan así reducidos al mínimo. De otro lado, la compensación constituye una garantía del pago y atribuye a cada uno de los acreedores el equivalente de un privilegio frente a los demás acreedores de su deudor; y no tendrá que concurrir con ellos en la cuantía en que se produce la compensación, puesto que cobrará con cargo a lo que a su vez adeuda, quedando la totalidad de su deuda especialmente afectada a dicho pago; y de este modo, queda protegido contra el riesgo de tener que pagar lo que adeuda sin estar seguro de recibir lo que se le debe. Es éste, según los autores citados, uno de los casos en que un simple acreedor quirografario goza, de hecho, de un motivo de preferencia, independientemente de los casos formalmente previstos por la ley.

---

(11) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 85.

(12) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Páginas 613 y 614.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(13)</sup> anotan que la admisión de la compensación se funda en dos razones prácticas: una de utilidad, pues indiscutiblemente facilita la extinción de las obligaciones, y otra, tanto más importante, de garantía para la efectividad de los créditos.

La compensación, señalan dichos profesores, cumple una función de garantía y seguridad recíprocas por cuanto el deudor que pagase, siendo a la vez acreedor de su acreedor en virtud de otra obligación, se expondría a no poder cobrar a su turno por la insolvencia posterior de éste último; y merced a la compensación, en cambio, el acreedor-deudor queda protegido contra el riesgo de tener que pagar lo que adeuda sin estar seguro de recibir lo que se le debe.

Pero, añaden que desde otro punto de vista, la compensación simplifica la extinción de dos obligaciones, evitando sendos transportes de numerario o de las cosas que debían darse en pago, ya que cada acreedor satisface su crédito por medio de la liberación de su respectiva deuda, obviándose así la materialidad de la entrega de las prestaciones debidas, lo que, según Rezzónico, equivaldría a recibir con una mano y pagar o devolver con la otra a la misma persona.

En igual sentido opina Francesco Messineo<sup>(14)</sup>, cuando afirma que sería ocioso que uno de los sujetos cumpliera la propia obligación, para después recibir, a su vez, el cumplimiento de la otra; la ley ahorra a estos dos sujetos actos inútiles, al disponer que, sin dar lugar a dos cumplimientos, las dos obligaciones se extingan.

En opinión de Llambías<sup>(15)</sup>, la compensación implica un pago simplificado, pues la ley atribuye a la reciprocidad de las obliga-

---

(13) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 292 y 293.

(14) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 382.

(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 189 y 190.

ciones la misma virtualidad que a un pago doble cruzado, es decir, un pago que hubiese comenzado por hacer un deudor y que seguidamente le hubiere sido satisfecho con lealtad a él mismo por el acreedor, quien, a su vez, fuese deudor suyo.

Arturo Valencia Zea<sup>(16)</sup> refiere que la compensación evita un doble pago, una doble entrega de capitales, simplificando de este modo las relaciones del deudor y del acreedor.

Sobre la base de las consideraciones anotadas, es fácil advertir cuál es la utilidad de la compensación y por qué esta figura constituye uno de los medios más comunes de extinción de las obligaciones.

Esa utilidad, sin embargo, puede observarse con claridad meridiana en los ámbitos mercantil, bancario e internacional, donde juega un rol trascendental<sup>(17)</sup>.

---

(16) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 442.

(17) Así también lo reconoce la doctrina consultada. Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Página 613.) afirman que especialmente en materia comercial la utilidad de la compensación experimenta un desarrollo constante.

A decir de Héctor Lafaille (LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Página 431.), en nuestros días la compensación recibe numerosas aplicaciones, contándose entre las más frecuentes aquellas de orden mercantil, sobre todo bancario. Ocurre que la compensación presenta una serie de ventajas, entre otras:

- a) Impedir las molestias, gastos y demoras originadas por un doble cobro innecesario;
- b) Evitar –en gran medida– el riesgo de la insolvencia, puesto que cada acreedor obtiene directamente el pago hasta la concurrencia del importe menos elevado, sea de su derecho o de su deuda;
- c) Simplificar considerablemente el trámite y el movimiento de los negocios o de las instituciones de crédito, tanto en el orden interno como entre los distintos mercados.

Para Salvat (SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Páginas 85 y siguientes.), las aplicaciones de la compensación son de la mayor importancia, especialmente desde el punto de vista del Derecho Comercial y de la Economía Política.

Según Javier Castro Salinas<sup>(18)</sup>, la noción de “cuenta corriente” se utiliza para referirse tanto a la operación contable de registrar cuentas entre dos personas, como al contrato de cuenta corriente mercantil y al contrato que celebra un banco con su cliente.

Precisa el citado autor que “el término cuenta corriente en su acepción contable se utiliza para referirse a la figura contable que registra en forma consolidada todos los ingresos y egresos realizados por una persona en las cuentas de otra; estas anotaciones se denominan Debe y Haber, según se trate de un cargo o de un abono en las cuentas del titular. Por ello se habla de una ‘situación de cuenta corriente’ para referirse a la realidad contable de una relación de negocios permanentemente mantenida durante un tiempo más o menos largo.”

La cuenta corriente mercantil, en cambio, conforme la define Rodríguez Azuero<sup>(19)</sup>, es el contrato en virtud del cual los cargos y abonos derivados de las remesas recíprocas de las partes pierden la individualidad y la exigibilidad que les son propias, para confundirse dentro de una masa contable cuyo resultado obligacional sólo se conocerá al vencimiento de la cuenta, o al corte de la misma previsto en el contrato.

A su turno, la cuenta corriente bancaria –a decir de Castro Salinas<sup>(20)</sup> – es un contrato de contenido complejo que sirve de marco para todas las obligaciones que van asumiendo el depositante y el banco a lo largo de su relación de negocios.

La totalidad de la doctrina contemporánea –precisa– coincide en destacar que el contrato de cuenta corriente no es ya más

- 
- (18) CASTRO SALINAS, Javier. Algunos Aspectos Referentes al Contrato de Cuenta Corriente Bancaria. En: Thémis. Revista de Derecho editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Junio de 1997, Segunda Epoca, N° 35, Páginas 31 y 32.
- (19) RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Bogotá, Editorial ABC, 1990, Página 149.
- (20) CASTRO SALINAS, Javier. Op. cit., Página 32.

un contrato accesorio al de depósito irregular de dinero o al de otorgamiento de crédito, como era concebido antiguamente, sino que constituye un contrato autónomo y con caracteres definidos.

Así las cosas, Castro Salinas<sup>(21)</sup> añade que la expresión “cuenta corriente bancaria” corresponde a un contrato específico en virtud del cual, facultados los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero, ejecutan estos últimos mediante la utilización del título valor denominado cheque.

Ahora bien, en tal orden de ideas es de hacer notar que la cuenta corriente mercantil edificó sus pilares en la Teoría de la Compensación; y más adelante la estructura de la cuenta corriente bancaria también se sustentó en ella.

Refiere Rezzónico<sup>(22)</sup> que la compensación es el fundamento de importantes instituciones y figuras jurídicas del Derecho Comercial, pues, en efecto, como lo señalan todos los comentaristas, la cuenta corriente mercantil y la cuenta corriente bancaria suponen una continua y perpetua compensación.

Al respecto, Salvat<sup>(23)</sup> señala que toda la teoría de la cuenta corriente comercial reposa en la teoría de la compensación; en la cuenta corriente comercial ninguna de las partes puede exigirle aisladamente el pago de la totalidad o de algunas de las partidas que constituyen el haber y el debe de cada una; y, de este modo, las operaciones de las partes se simplifican y garantizan recíprocamente; el crédito se desarrolla entre ellas y con un solo pago se saldan y liquidan operaciones que pueden representar crecidas sumas de dinero.

Para Weill y Terré<sup>(24)</sup>, es extraño que las relaciones recíprocas de obligaciones se formen entre personas que no son co-

---

(21) CASTRO SALINAS, Javier. Op. cit., Página 33.

(22) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Páginas 988 y 989.

(23) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Páginas 86 y 87.

(24) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 1019 y 1020.

merciantes; por el contrario, estas relaciones mutuas entre dos negociantes, por ejemplo, entre un comerciante y su banquero, entre un fabricante y un mandadero, son de todos los días, pues el comercio vive del crédito y, sobre todo, necesita simplificar los pagos lo más que pueda, de donde surge en especial el uso de la cuenta corriente, que se fundamenta en el principio de la compensación.

Según anota Lodovico Barassi<sup>(25)</sup>, el contrato de cuenta corriente es una aplicación de los principios de la compensación voluntaria, pues mediante él las partes se obligan a liquidar sus respectivos créditos en un término previamente fijado, considerándolos hasta entonces como inexigibles e indisponibles.

Así, por ejemplo, si dos casas comerciales tienen, con carácter estable, relaciones de negocios, es indudable que se irán concediendo créditos mutuamente, como si una remite mercancías a la otra, colocándose en la situación de acreedor del precio correspondiente. Por una parte, el deudor que ha recibido la mercancía y debería pagarla anota en su propio registro, en favor del remitente, la suma correspondiente; y, en tales supuestos, en lugar de pagar cada vez, y para evitar el envío (anti-económico) del dinero, las partes pueden acordar la simplificación de sus relaciones, renunciando –en previsión a los pagos que tendrán que efectuar a la otra parte– a recibir el pago inmediato de sus créditos, anotándose cada cual en su registro (una en el debe; otra en el haber). De este modo, el crédito transformado en partida de la cuenta corriente, por la compensación, no se paga al contado, sino que las partes convienen en que al vencimiento del término fijado en el contrato o por los usos del comercio, o en su defecto, al término de cada período (contado a partir de la fecha del contrato), se pague el saldo, es decir, la diferencia que resulta a favor de uno u otro, luego de compensados los créditos recíprocos. Así, si no se reclamare el pago, se considera el saldo como primer asiento de una nueva cuenta, prorrogándose el contrato.

---

(25) BARASSI, Lodovico. Op. cit., Tomo II, Páginas 203 y siguientes.

Expresa Llambías<sup>(26)</sup> que la utilidad de la compensación se advierte en las cuentas corrientes que suelen llevar los comerciantes entre sí: ninguno de los cuentacorrentistas es acreedor o deudor de alguna de las mercaderías, apertura de crédito, aceptación de letras de cambio o vales, etc., pues el derecho o la deuda de cada cual se refiere al saldo acreedor o deudor que resulte del balance del activo y pasivo de la cuenta al tiempo de su cierre.

En igual sentido opinan Cazeaux y Trigo Represas<sup>(27)</sup>, cuando afirman que la teoría de la cuenta corriente mercantil tiene su basamento en la figura de la compensación, ya que ninguna de las partes puede exigir separadamente el pago de la totalidad o de alguna de las partidas que constituyen su “haber” y el “debe” de la contraria, sino que lo único reclamable es el “saldo” que resta después de operada la compensación del “débito” y “crédito” hasta la cantidad concurrente; y lo mismo sucede con la “cuenta corriente bancaria”.

En la parte final del análisis del presente artículo, este último tema será tratado con mayor detenimiento.

#### – **Formas en que opera la compensación.**

Según hemos anotado, la compensación supone una pluralidad de relaciones obligacionales, que se extinguen total o parcialmente sin que exista desplazamiento de numerario o de otros bienes<sup>(28)</sup>.

---

(26) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 191.

(27) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 292 y 293.

(28) A decir de Valencia Zea (VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 444 y 445.), la compensación viene a ser una especie de pago ficticio, pues lo característico de aquella consiste en la extinción de las sendas obligaciones de las partes compensantes, sin desplazamiento real de prestación por una u otra.

En igual sentido, Rezzónico (REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Páginas 987 a 989.) anota que la compensación constitu-

Cabe preguntarnos, sin embargo, si ella también importa un cumplimiento automático y forzoso. Vale decir, si indefectiblemente, ante dos créditos recíprocos, líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles, la compensación opera de pleno derecho, aun en la eventual ignorancia de los interesados.

El tema reviste interés no sólo por el distinto tratamiento que la legislación y doctrina otorgan al mismo, sino sobre todo por las importantes consecuencias prácticas que de él se derivan.

Acerca de la forma como opera la compensación en el Derecho Civil existen diversas tendencias legislativas, las mismas que pueden advertirse fundamentalmente en el Derecho Francés, el Derecho Inglés y el Derecho Alemán<sup>(29)</sup>.

En el Derecho Francés, la compensación se produce de pleno derecho, esto es, por la simple coexistencia de dos obligaciones recíprocas entre el mismo acreedor y el mismo deudor, respecto de objetos fungibles entre sí, líquidos y exigibles. Así lo establece el artículo 1290 del Código Napoleón al prescribir que "La compensación opera de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, aun sin saberlo los deudores...".

No obstante, la doctrina que inspira al Derecho Francés y a las legislaciones que lo siguieron<sup>(30)</sup> tienen como base un error

---

ye un doble pago recíproco que se efectúa sin mover el dinero o el objeto de ambas obligaciones, es decir, sin que exista cumplimiento efectivo de la obligación.

- (29) Al respecto, puede consultarse el trabajo anterior de uno de los coautores de este tratado, cuyos planteamientos recogemos en esta parte (OSTERLING PARODI, Felipe. ¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil Comparado? En: Thémis. Revista de Derecho. Año 3, Número 5, Lima, Segundo Semestre, 1967, Páginas 47 a 53.).
- (30) Entre ellas el antiguo Código Civil Italiano de 1865 (artículos 1285 a 1295), el Código Civil Español (artículos 1195 a 1202), el Código Civil Chileno (artículos 1655 a 1664), el Código Civil Colombiano (artículos 1714 a 1723), el Código Civil Uruguayo (artículos 1471 a 1488), el Código Civil Venezolano de 1942 (artículo 1332), el Cód-

histórico, por cuanto hoy se reconoce que ellas obedecen a una equivocada interpretación del texto de las Institutas de Justiniano.

En las Institutas, Libro IV, Título 6, párrafo 30, se establece: “En las acciones de buena fe se da pleno poder al juez para estimar según la equidad las restituciones debidas al demandante, lo cual comprende el deber si el demandado debe a su vez alguna cosa, de hacer compensación y de no condenar al demandado más que en el resto. En las acciones de derecho estricto, en virtud de un rescripto de Divino Marco Aurelio y por medio de la excepción de dolo, se introdujo la compensación; pero nuestra Constitución dando mayor amplitud a las compensaciones que se fundan en un derecho evidente, quiere que disminuyan de pleno derecho las acciones reales, ya personales, ya cualesquiera otras, salvo la sola acción de depósito, en que creeríamos demasiado odioso oponer la compensación por cualquiera que fuese, y bajo este pretexto defraudar al depositante de la restitución de las cosas por él confiadas.”

Los glosadores y, en particular, el glosador Martinus, así como los antiguos comentaristas del Derecho Romano, consideraron que la expresión **ipso iure** del texto de las Institutas significaba que la compensación operaba de pleno derecho, por la simple coexistencia de las dos obligaciones recíprocas entre un mismo acreedor y un mismo deudor.

Algo idéntico sucedió en el Derecho Francés.

G. Marty<sup>(31)</sup>, por ejemplo, reconoce que en el antiguo Derecho Francés se comprendieron mal los textos de Justiniano: se tradujo **ipso iure** por “de pleno derecho”. De esto se dedujo que la compensación obraba automáticamente, a partir del momento en que coexistían los créditos recíprocos. El artículo 1290 (del Código Civil Francés) codificó este error de interpretación.

---

go Civil Argentino (artículo 818), y el propio Código Civil Peruano de 1852 (artículos 2252 a 2263).

(31) MARTY, G. Op. cit., Volumen II, Página 223.

Precisa Marty que, por eso, actualmente la compensación opera de pleno derecho y se produce automáticamente cuando coexisten los dos créditos recíprocos, con las características necesarias para que la compensación pueda existir, y no sólo cuando es invocada.

Pothier<sup>(32)</sup>, refiriéndose a la compensación en el Derecho Romano, expresa que ella opera “de pleno derecho, **ipso iure**, eso significa que se hace por la sola virtud de la ley, sin que haya sido pronunciada por el juez y sin oposición por las partes.”

Añade Pothier que “Así es que el que era acreedor de una persona pasa a ser deudor por una suma u otra cantidad susceptible de compensación con aquella de la que era acreedor, y viceversa, tan pronto aquel que era deudor de una persona queda acreedor por una suma susceptible de compensación con aquella de la que era deudor, la compensación se hace; y las deudas respectivas quedan desde aquel momento extinguidas hasta la debida concurrencia, por la sola virtud de la ley de la compensación.”

Cabe observar, en opinión nuestra, que la interpretación sobre el carácter **ipso iure** de la compensación en el Derecho Romano es errónea, en cuanto se le otorga naturaleza compulsiva por la sola virtualidad de la ley. Todo lo que cabe ver en esa expresión es que la compensación se verificaba **ipso iure**, pero no que la extinción se producía **ipso iure**.

En otros términos, la compensación alegada u opuesta por una de las partes tenía la misma virtualidad jurídica que el pago: como éste, extinguía la obligación sin necesidad alguna de que fuera consagrada judicialmente. La expresión **ipso iure** sólo significaba que la compensación podía ser invocada sin el empleo de los procedimientos anteriores a la época de Justiniano, en particular, sin la necesidad de usar la excepción de dolo.

---

(32) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Tomo II, Página 285.

Precisa recordarse, además, que en el primer período del Derecho Romano, anterior a la reforma de Marco Aurelio, la compensación operaba en virtud del acuerdo de partes. Salvo ciertas excepciones, la compensación no era obligatoria<sup>(33)</sup>.

- 
- (33) En torno a los supuestos en los que la compensación fue obligatoria, Eugene Petit (PETIT, Eugene. Op. cit., Página 504.) refiere que a los banqueros (**argentarius**) les fue impuesta la compensación cuando querían obrar contra un cliente, con el que tenían una cuenta. En este caso, estaban obligados a hacer la compensación de lo que debían ellos mismos con lo que les era debido, y no podían ejercitar su acción más que por el exceso neto de su crédito. Si no obedecían a esta regla, o si calculaban mal y reclamaban demasiado, se hacía una **plus petitio** y se exponían a perder su derecho. Esta compensación les fue impuesta aun para deudas nacidas de causas diferentes, pero era preciso que estuvieran vencidas y que tuvieran por objeto cosas de la misma naturaleza. Sobre el tema, Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 294 y 295.) anotan que "por excepción, la compensación aparece como obligatoria en dos supuestos. Al banquero (**argentarius**) que demanda a su cliente, el pretor sólo le concedía la acción **cum compensatione** o **cum deductione**, o sea que no podía perseguir el cobro íntegro de lo que éste le debiese, sino tan sólo el saldo o remanente una vez deducido lo que el propio banquero a su vez adeudara, siempre que el demandante resultara acreedor del demandado en más de lo que éste fuese acreedor de aquél; y todo ésto lo era bajo pena de incurrir el accionante en **plus petitio** y ver rechazada su acción con pérdida también del derecho a demandar lo que le era en verdad adeudado. A su vez, el **bonorum emptor** (comprador o adjudicatario de los bienes de un fallido), tenía acción para reclamar todos los créditos que formaran parte del patrimonio adquirido y en cambio no respondía frente a los acreedores del **fraudator** más que hasta un tanto por ciento de las deudas; pero, si el deudor de la 'masa concursada' era al mismo tiempo acreedor de la misma, al serle exigida su deuda podía oponer en compensación la totalidad de su crédito y hasta ese importe se operaba la extinción de ambas obligaciones. Según Cicerón, también se habría admitido la compensación en las **legis actio per iudicis postulationem** resueltas por el juez **salva fide o bona fide**, es decir con arreglo a la equidad; siempre que los créditos recíprocos, aun siendo de diferente especie, provinieran de la misma causa – **ex eadem causa**–."

Posteriormente, en la época de Marco Aurelio, se extendió la compensación a las acciones de estricto derecho<sup>(34)</sup>, pero para que ella tuviera lugar era necesario que fuera invocada y opuesta al deudor. La compensación no se producía pues por la sola fuerza de la ley y cada una de las partes conservaba el derecho de exigir separadamente el pago de su crédito. La compensación se producía en vía de excepción, por declaración judicial. La ley facultaba a una de las partes a oponer la excepción de dolo, pues se consideraba que quien reclamaba lo que debía restituir incurría en dolo.

La compensación partía, en esta época del Derecho Romano, de la siguiente premisa: ella no producía efectos por la sola circunstancia de que ambos créditos se enfrentaran con carácter de compensables. Asimismo, la declaración unilateral en cuya virtud el deudor oponía la compensación tampoco producía –por sí sola– la extinción de ambas obligaciones. Esto ocurría únicamente cuando se concertaba un contrato de compensación.

Luego, además del supuesto en el que existía un contrato de compensación, ésta operaba únicamente cuando el deudor exigía en juicio la compensación y cuando el juez la llevaba a cabo.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(35)</sup> señalan que con Marco Aurelio la compensación se extiende a todas las acciones de derecho estricto, siendo sin embargo imprescindible que el demandado la opusiera por medio de una excepción de dolo

---

(34) Enseña Petit (PETIT, Eugene. Op. cit., Página 677.) que las acciones de derecho estricto son difíciles de determinar, por cuanto los textos no dan ninguna lista de ellas. A esta categoría se limitan, sin embargo, las acciones que nacen de un contrato o cuasicontrato unilateral, vale decir, las **condiciones** en todas sus operaciones, la acción **ex stipulatu** y la acción **ex testamento**.

Parece ser que la acción **furti** y la acción **legis aquiliae** se hallan también ordenadas entre las acciones de derecho estricto.

(35) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 295.

(**exceptio doli**), ya que el dolo consistía –en este caso– en exigir la entrega de algo que de inmediato debía devolverse: **dolo facit qui petit quod redditurus est**. Pero si el deudor no invocaba la compensación en la forma antedicha, la misma no se operaba y cada parte conservaba el derecho de reclamar separadamente el pago de su crédito. La compensación se producía pues judicialmente y previa oposición de la excepción por parte del deudor.

En efecto, durante el Derecho Romano de la época clásica, la compensación fue uno de los modos de extinción de obligaciones que verificó su eficacia únicamente en la vía judicial y a manera de excepción.

Sólo si en un proceso el juez valoraba de manera conjunta el crédito que alegaba el demandado contra el que exhibía el demandante, el deudor que había opuesto la excepción de compensación podía ser condenado por la diferencia o ser absuelto si las deudas tenían igual cuantía.

A decir de Topasio Ferreti<sup>(36)</sup>, en Roma la compensación se producía cuando el deudor oponía al acreedor en el proceso un crédito que tenía a su vez contra éste.

Petit<sup>(37)</sup> refiere que el deudor perseguido por el acreedor podía hacer valer ante el juez, bajo forma de excepción, que era también acreedor del demandante, y era el juez quien, por medida de equidad, operaba la compensación<sup>(38)</sup>.

No obstante, en el tercer período del Derecho Romano, Justiniano modificó el sistema al disponer que la compensación

---

(36) TOPASIO FERRETI, Aldo. Derecho Romano Patrimonial. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Página 185.

(37) PETIT, Eugene. Op. cit., Página 503.

(38) Precisa Petit que en el Derecho Romano, sin embargo, hubo un caso de compensación legal en materia de dote. Ello ocurría cuando el marido debía restituir una dote compuesta de cuerpos ciertos y de dinero; la deuda de dinero era disminuida de pleno derecho por los gastos necesarios que había podido hacer.

se producía **ipso iure**, expresión ésta que ha dado origen a la polémica en el Derecho moderno acerca de la forma como ella operaba.

De otro lado, el Derecho Inglés otorga un tratamiento diverso a la compensación. En la legislación inglesa la compensación surte efectos sólo cuando es opuesta a una demanda judicial a manera de excepción. En tal sentido, debe existir un proceso judicial entre las partes para que la compensación pueda oponerse.

En la legislación alemana, en cambio, la compensación no opera de pleno derecho, sino que debe ser opuesta por cualquiera de las partes de manera judicial o extrajudicial. Vale decir, la compensación debe ser opuesta al acreedor, pero no necesariamente en un proceso judicial (como sucede en el Derecho Inglés), sino también fuera de él. Se concibe, pues, la compensación, como un negocio jurídico unilateral, en el cual se pone de manifiesto el propósito de compensar el propio débito con el ajeno. Es decir, que los créditos no se extinguen **ipso iure**, en ignorancia de las partes, sino que se requiere la voluntad de compensar.

Esta doctrina es adoptada actualmente por las nuevas corrientes legislativas<sup>(39)</sup> y, según la opinión de los autores consultados, en criterio que compartimos, es la que parece tener mayor autoridad.

---

(39) El Derecho moderno asume reglas similares al artículo 389 del Código Civil Alemán de 1900, mediante el cual se abandonó el sistema de la compensación legal del Derecho Francés, al establecer que "por efecto de la compensación se considerarán extinguidos los créditos hasta donde respectivamente alcancen, desde el momento en que sean compensables y hayan sido opuestos uno a otro."

Entre los Códigos Civiles que siguen al Código Civil Alemán, en esta materia, se hallan el Código Federal Suizo de las Obligaciones (artículo 120), el Proyecto de Código Franco-Italiano de Obligaciones y Contratos (artículo 215), el Código Civil Polaco (artículo 254), el Código Civil Peruano de 1936 (artículo 1294) y el propio Código

Observemos por qué.

La extinción forzosa de las obligaciones, que prescinde de la voluntad de los interesados, no se justifica.

Nadie está obligado a cobrar lo que no se le paga, ya que al acreedor puede convenirle la subsistencia de su crédito. Luego, la ley no tiene por qué imponer el pago de los créditos que no se reclaman.

Entre la compensación legal, de efectos ocultos y a veces injustificados, y la compensación judicial, que impone un litigio, la compensación por declaración de una de las partes, esto es, la fórmula del Código Civil Alemán –adoptada por la legislación peruana– elimina las desventajas de ambos sistemas.

En opinión nuestra, la compensación legal del Derecho Francés presenta algunos inconvenientes. Por ejemplo, al operar de forma mecánica hace caso omiso al eventual interés que un acreedor o ambos acreedores pudieran tener sobre la subsistencia de sus créditos.

Podría pensarse, sin embargo, que la compensación, al funcionar automáticamente, no ofrece garantía alguna de que los requisitos o condiciones que ella exige se hayan verificado realmente. Pero este argumento carece de sentido, por cuanto si los re-

---

Civil Peruano de 1984 (artículo 1288), aunque con variantes en lo relativo a la retroactividad de la compensación.

En efecto, algunas de las legislaciones que han optado por prescribir el requerimiento de una declaración de voluntad formativa para la compensación, establecen la retroactividad de sus efectos a la fecha en que empezaron a coexistir ambas deudas. Tal es el caso del Código Alemán, del Proyecto de Código Franco-Italiano y del Código Suizo. Contrariamente, tanto nuestro Código Civil vigente como el anterior retrotraen los efectos de la compensación al momento en que fue opuesta por una de las partes.

De otro lado, el Código Civil Brasileño (artículo 1009), que ha seguido las normas del Código Napoléon, constituye una excepción inexplicable.

quisitos que la compensación precisa no se configuran, simplemente no habría compensación.

De otro lado, la compensación judicial que consagra el Derecho Inglés tampoco constituye, a nuestro modo de ver, la solución adecuada, por cuanto supone la existencia de un proceso judicial, que sólo se justifica ante un conflicto de intereses.

Por ello, estimamos que la solución legislativa más razonable es aquella que permite a cualquiera de las partes invocar o no la compensación, dentro o fuera de un proceso.

Así las cosas, la compensación se perfila como un acto jurídico unilateral que puede aducirse dentro de un proceso judicial, o simplemente oponerse de manera extrajudicial sin formalidad alguna.

Jorge Eugenio Castañeda<sup>(40)</sup>, comentando el Código Civil Peruano de 1936, afirma que no existe en nuestra legislación compensación legal, esto es, la que resulta independientemente de la voluntad de las partes y aun cuando una de ellas se oponga. La compensación es voluntaria; si el deudor quiere la opone y si no lo hiciera habrá de pagar simplemente.

Más adelante, al estudiar las clases de compensación, ampliaremos algunos de los conceptos que hemos emitido en este apartado.

#### – **Momento en que opera la compensación.**

Según hemos anotado con anterioridad, la ley civil peruana adopta en su artículo 1288 la doctrina que inspira al Código Civil Alemán, según la cual la compensación opera por invocación de cualquiera de los obligados y no de pleno derecho ni sólo a manera de excepción sustantiva dentro de un proceso judicial,

---

(40) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 268.

como ocurre en el Derecho Francés y en el Derecho Inglés, respectivamente.

En tal sentido, resulta de interés preguntarnos en qué momento surte efectos la compensación.

En la doctrina y legislación consultadas no existe criterio unívoco al respecto, toda vez que para algunos autores y Códigos Civiles la compensación surte efectos desde la fecha en que existen los créditos exigibles, líquidos y de prestaciones fungibles.

Para otros, si bien la compensación se verifica en virtud de la declaración recepticia de una de las partes, aquélla produce efectos retroactivos a la fecha de la coexistencia de ambos créditos, tal como ocurre en el Derecho Alemán y la legislación italiana<sup>(41)</sup>.

---

(41) Enseña Messineo (MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Páginas 382 y siguientes.) que el Código Italiano de 1942, al regular la eficacia de la compensación, ha suprimido la referencia “de pleno derecho” contenida en el Código de 1865 abrogado, de modo que quien quiere valerse de ella debe oponerla –en juicio o fuera de él– a la contraparte.

No obstante, para este tratadista la oposición de la excepción de compensación tiene carácter declarativo y no constitutivo. Lo mismo ocurre con la sentencia que, acogiendo la excepción del interesado, declara verificada la compensación, la misma que es sentencia de declaración de certeza.

Precisa Messineo que la excepción de compensación del interesado no obra en el sentido de hacer madurar esa misma compensación, de manera que, sin tal excepción, la misma no se verifique. Oponer la excepción, vale solamente como declaración de voluntad de acogerse a la compensación; pero ésta se produce por sí misma, pues se ha verificado por efecto de la coexistencia de los dos débitos-créditos y del concurso de los otros requisitos de ley. En otras palabras, la intervención del interesado es indispensable para utilizar, en provecho propio, un resultado ya producido, pero sin que, para determinar ese resultado, sea necesaria una precedente declaración suya. Igualmente ocurre, por ejemplo, con la prescripción, la cual no opera si no es excepcionada, pero esto no quita que la misma se haya producido por fuerza propia y extraña a la actividad del interesado (acreedor o propietario) y se encuentre ya en acto, antes incluso de ser excepcionada.

Entre tanto, también se hallan autores y legislaciones que sólo reconocen eficacia a la compensación a partir de la fecha en que una de las partes la opone a la otra.

Esta última tendencia es la adoptada por la ley civil peruana. De allí que el artículo 1288 del Código Civil estatuya que “por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra...”.

En nuestro sistema jurídico, la compensación se produce cuando alguno de los sujetos de la relación obligatoria, o ambos, optan por invocarla. En consecuencia, parece lógico que su eficacia se verifique a partir de entonces y no antes. La retroactividad podría deteriorar las relaciones económicas que las partes desean que subsistan. Sólo ellas saben si deben o no oponer la compensación.

Por tal razón, en nuestro ordenamiento no funciona la compensación con efectos retroactivos desde la coexistencia de ambos créditos.

---

Así, si bien en la compensación no se está ya en la órbita del principio del “operar de derecho”, tampoco se está muy lejos de ella. La compensación –afirma Messineo– es un modo de extinción de la obligación (satisfactorio para cada acreedor) que nace de un comportamiento de inactividad de cada uno de los sujetos. En efecto, la compensación opera aun sin que dichos sujetos realicen acto alguno para que ésta despliegue su eficacia, independientemente de si, para beneficiarse de ella, sea necesario oponer la respectiva excepción. Empero, si la compensación no se opone, cada uno de los sujetos tiene el deber de cumplir y correlativamente el derecho de exigir del otro el cumplimiento. Por tanto, puede hablarse de un derecho (potestativo) a la compensación, es decir, de la facultad que tiene el deudor de liberarse mediante la oposición a su acreedor del crédito que él (deudor) tiene a su vez respecto de aquél (acreedor).

– **Requisitos.**

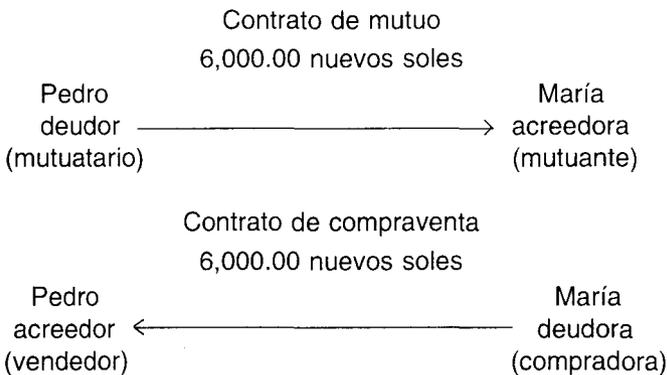
Para que las obligaciones se extingan por compensación es necesaria la concurrencia de los requisitos que la ley civil exige, los mismos que analizamos a continuación.

(a) *Que las obligaciones sean recíprocas.*

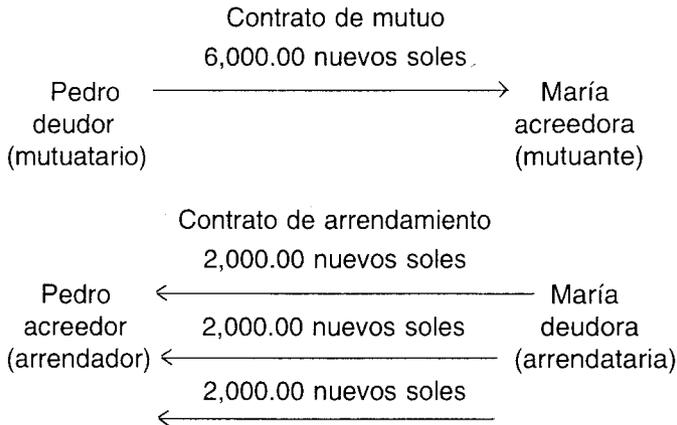
Por regla general, la compensación opera en tanto y en cuanto cada uno de los sujetos de la relación obligatoria ocupe simultáneamente la parte acreedora respecto de uno o más créditos y la parte deudora en relación a otro u otros créditos.

Ello ocurriría, por ejemplo, si Pedro debe a María 6,000.00 nuevos soles en virtud de un contrato de mutuo, en tanto que María adeuda a Pedro igual cantidad por concepto del precio de un bien que Pedro le vendió. En esta hipótesis se advierte que Pedro es deudor de María, al hallarse obligado a la devolución del dinero que le fue prestado mediante un contrato de mutuo, y que Pedro, simultáneamente, es acreedor de María, por cuanto esta última le adeuda el pago del precio del bien materia del contrato de compraventa.

Lo anotado puede graficarse como sigue:



Lo propio ocurriría si María, por ejemplo, fuese deudora de Pedro en virtud de un contrato de arrendamiento en el cual adeudase el pago de tres mensualidades, cada una de 2,000.00 nuevos soles. En este caso, la compensación extinguiría no sólo dos, sino cuatro obligaciones<sup>(42)</sup>.



La reciprocidad versa, precisamente, en que los diversos créditos existan entre los mismos sujetos, quienes son (cada uno de ellos) acreedor y deudor del otro.

Ahora bien, cabe formularse la interrogante de si la reciprocidad a la que la ley civil peruana alude en el artículo 1288, bajo comentario, se refiere a la reciprocidad derivada del contrato con prestaciones recíprocas, del contrato bilateral o del contrato oneroso.

Antes de pronunciarnos sobre el tema, conviene efectuar algunas precisiones en torno a dichas figuras contractuales<sup>(43)</sup>.

(42) Según hemos anotado al iniciar el análisis del precepto bajo comentario, nada obsta a que la compensación se produzca respecto de dos o más obligaciones, en tanto reúnan los requisitos que la ley exige.

(43) Para ello, hemos seguido de cerca los planteamientos de Manuel

El contrato con prestaciones recíprocas constituye la categoría jurídica que el codificador peruano ha optado para explicar los efectos de los contratos que no sólo crean obligaciones recíprocas, sino que además determinan la exigibilidad de prestaciones recíprocas.

Tal como es entendido por Manuel de la Puente<sup>(44)</sup>, el contrato con prestaciones recíprocas es apto para generar tanto el sinalagma genético, mediante la creación de las obligaciones recíprocas, cuanto el sinalagma funcional, a través del establecimiento de la relación jurídica obligacional cuyo cumplimiento se realiza con la ejecución de prestaciones también recíprocas.

Aclarando el concepto, precisa que el sinalagma genético es un problema de asunción de obligaciones vinculadas recíprocamente, lo cual se realiza mediante la celebración del contrato.

El sinalagma funcional, en cambio, es un problema de cumplimiento de tales obligaciones mediante la ejecución de las respectivas prestaciones, asimismo vinculadas recíprocamente, de suerte que una parte puede negarse a ejecutar la prestación si la otra parte no ejecuta la suya o puede ser liberada si la contraprestación deviene en imposible por causa no imputable a las partes.

Así las cosas, la reciprocidad que se deriva del contrato en mención se advierte a nivel de las obligaciones, al momento de la celebración del contrato y a nivel de las prestaciones, al momento en que se ejecuta la relación obligatoria.

A decir de Manuel de la Puente<sup>(45)</sup>, se trata de dos reciprocidades distintas. Las obligaciones son recíprocas cuando nacen

---

de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Segunda Parte, Tomo IV, Páginas 177 y siguientes).

(44) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Segunda Parte, Tomo IV, Página 195.

(45) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Segunda Parte, Tomo IV, Página 191.

coligadas entre sí en razón de la celebración del contrato, en tanto que las prestaciones son recíprocas no sólo porque se hallan a cargo de cada una de las partes, sino en razón de la vinculación existente entre ellas, de tal manera que una tiene la calidad de prestación y la otra de contraprestación.

Y añade que ambos tipos de reciprocidades coexisten necesariamente, ya que no es posible que ambas prestaciones sean recíprocamente exigibles si las respectivas obligaciones no son recíprocamente contraídas.

Por otra parte, el contrato bilateral es aquel en virtud del cual se crean obligaciones a cargo de ambos contratantes. De allí que se conciba como el contrato con “obligaciones recíprocas”<sup>(46)</sup>.

En expresiones de Jorge Mosset Iturraspe<sup>(47)</sup>, se denominan contratos bilaterales a aquellos que al momento de su perfeccionamiento, esto es, de su celebración válida, engendran obligaciones recíprocas, es decir, para todas las partes intervinientes.

En los contratos bilaterales –precisa Mosset– las obligaciones a cargo de cada una de las partes están ligadas entre sí, como apunta Messineo, por un nexo lógico especial, llamado reciprocidad, el cual consiste en su interdependencia.

Bajo esta perspectiva, la bilateralidad se perfila como la reciprocidad que surge en virtud de la celebración del contrato a nivel de las obligaciones.

Al respecto, De la Puente<sup>(48)</sup> afirma que la reciprocidad

---

(46) Hacemos la salvedad de que el concepto anotado responde a la teoría general del contrato, ya que para la teoría del acto o negocio jurídico la bilateralidad tiene una significación diversa.

En esta última, el término bilateralidad alude al número de voluntades que el acto o negocio jurídico requiere para su celebración.

(47) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, Buenos Aires, Ediar S.A., 1988, Páginas 47 y 48.

(48) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Segunda Parte, Tomo IV, Páginas 184 y 185.

caracterizadora del contrato bilateral no debe entenderse –según se ha hecho tradicionalmente– como una “causalidad mutua de las obligaciones”, esto es, que la obligación que debe cumplir cada parte contractual es la causa o razón de ser de la obligación a cargo de la contraparte. Dicha reciprocidad importa más bien una correlación impuesta por la ley entre las obligaciones<sup>(49)</sup>.

El contrato oneroso, en fin, es un contrato de cambio en tanto supone una recíproca transferencia de bienes o servicios mediante un único negocio jurídico<sup>(50)</sup>.

La reciprocidad incorporada a este contrato se advierte en la percepción de las ventajas o atribuciones patrimoniales por cada una de las partes.

Ello, sin embargo, podría llevarnos a confundir al contrato con prestaciones recíprocas con el contrato oneroso, por cuanto ambos determinan, de un lado, una reciprocidad a nivel de las prestaciones a cargo de cada contratante, y de otro, las consecuentes ventajas recíprocas que importa la ejecución de aquéllas.

La reciprocidad que caracteriza al contrato con prestaciones recíprocas supone una correlación de prestaciones, entendiendo

---

(49) Alonso y Miquel, citados por Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 184 y 185.), sostienen que la expresión reciprocidad debe ser entendida como correlación, simetría o paralelismo entre las obligaciones, excluyéndose así toda idea de interdependencia o mutua condicionalidad entre aquéllas.

Para estos autores, la reciprocidad es como un lazo que se establece, en perfecta armonía y a modo de contrapartida, entre las obligaciones.

(50) En opinión de Jorge Mosset Iturraspe (MOSSET ITURRASPE, Jorge. Op. cit., Página 52.), la onerosidad está dada, desde el punto de vista positivo, por la contraprestación que sigue a la prestación, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que sea preciso una relación de equilibrio o equivalencia entre ambos extremos.

La gratuidad, en cambio, es –por definición– una liberalidad o beneficio: se da algo por nada, sin contrapartida.

ésta última como correlación en la conexión de las ventajas y desventajas que obtienen o están llamadas a lograr las partes contratantes. Es claro que tal reciprocidad no implica la existencia de equivalencia, ya que puede suceder –y de hecho ocurre con gran frecuencia– que exista disparidad entre la prestación y la contraprestación.

No obstante ello, se trata de dos figuras jurídicas diversas.

Precisando la diferencia entre ambas categorías contractuales, Manuel de la Puente<sup>(51)</sup> expresa que el contrato con prestaciones recíprocas actúa en un plano al que no llega el contrato oneroso. La creación de “obligaciones recíprocas” es privativa del contrato con prestaciones recíprocas, de tal manera que ese efecto no podría alcanzarse mediante la celebración de un contrato oneroso<sup>(52)</sup>.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que en el ámbito contractual la reciprocidad se estructura a nivel de las obligacio-

---

(51) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Segunda Parte, Tomo IV, Páginas 201 y 202.

(52) Cabe hacer notar que similares dudas se presentan en torno al contrato con prestaciones recíprocas y el contrato bilateral.

Conviene recordar que el contrato con prestaciones recíprocas produce efectos similares a los que generaba, en el Código Civil Peruano de 1936, el contrato bilateral. Por ello, su actual regulación suscita algunas interrogantes, como las siguientes: ¿es el contrato con prestaciones recíprocas una nueva formulación del contrato bilateral? o ¿se trata simplemente del contrato bilateral, pero con una denominación distinta?

De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Segunda Parte, Tomo IV, Páginas 191 y siguientes.) considera que el contrato bilateral, esto es con “obligaciones recíprocas”, ha sido ampliado por el contrato con “prestaciones recíprocas”. Sin embargo, uno u otro permiten explicar cómo las obligaciones nacen unidas recíprocamente y las prestaciones se ejecutan de manera recíproca.

Adviértase que, como regla general, todo contrato con “obligaciones recíprocas” es también un contrato con “prestaciones recíprocas” y viceversa.

nes o a nivel de las prestaciones, pero siempre respecto de un mismo contrato, esto es, del contrato con prestaciones recíprocas, del contrato bilateral, del contrato oneroso o de cualquier otra categoría contractual cuya finalidad sea el entrecruce de prestaciones.

En cambio, la reciprocidad de la que tradicionalmente se habla para el caso de la compensación, dimana de dos fuentes diversas (que necesariamente no tienen por qué ser contratos, pues las obligaciones compensables podrían emanar –por citar un ejemplo ilustrativo– de una promesa unilateral o de la ley) y no recae precisamente sobre las obligaciones o prestaciones, sino más bien sobre los sujetos de la relación obligatoria, quienes al ser cada uno de ellos simultáneamente acreedor y deudor del otro, constituyen el punto de conexión de dos operaciones con origen distinto<sup>(53)</sup>.

---

(53) En la doctrina consultada, todos los autores enumeran entre los requisitos que debe reunir la compensación a la reciprocidad de las obligaciones. En adelante, los alcances que en opinión de aquéllos ostenta la noción de reciprocidad.

Para Levenhagen (LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 154.), la primera condición que debe reunir la compensación es la reciprocidad de las obligaciones, es decir que existan dos personas, cada una acreedora y, recíprocamente, deudora de la otra.

A decir de Malaurie y Aynés (MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Página 599.), es necesario en primer lugar que las dos obligaciones existan en sentido inverso entre las mismas personas. En otros términos, es preciso que haya deudas recíprocas (a las que también se llama deudas cruzadas).

Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 298.) señalan que la reciprocidad es un elemento que hace al concepto mismo de la compensación, pues ésta supone necesariamente la existencia de dos obligaciones distintas entre las mismas personas, pero intercambiadas las posiciones de acreedor y deudor, de forma tal que una parte revista ambas calidades frente a quien, a su vez, ostenta igual situación.

Al respecto, Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 189.) refiere que la compensación supone que alguien

En opinión nuestra –al menos en el plano teórico– la reciprocidad que hace posible la compensación de dos o más obligaciones, a la que se refiere el artículo 1288 del Código Civil, comprende tanto al último concepto anotado, como a la reciprocidad presentada en el ámbito contractual.

De este modo, cuando las obligaciones donde los sujetos sean simultáneamente deudor y acreedor uno del otro emanen de diversas fuentes o de un mismo contrato, a nuestro modo de ver, se habrá verificado el requisito de reciprocidad de las obligaciones que la compensación exige. No hallamos razón alguna para excluir la reciprocidad propia del ámbito de una misma relación contractual.

Teóricamente, podría ocurrir que a través de un contrato con prestaciones recíprocas o de uno bilateral u oneroso, ambas partes hayan contraído obligaciones con prestaciones recíprocas, fungibles, líquidas y exigibles, e intentasen compensar dichas obligaciones, por ser este mecanismo el que mejor satisface sus intereses.

Por ejemplo, si Antonio celebra con Rosa un contrato de renta vitalicia a título oneroso, a través del cual Antonio se obliga a entregar a Rosa la suma mensual de 1,000.00 nuevos soles durante el resto de la vida de Rosa, en tanto que ésta se obliga a entregar a Antonio dos meses después de la celebración del contrato, la suma de 100,000.00 nuevos soles.

Supongamos que Antonio incumple con entregar a Rosa, a su vencimiento, dos mensualidades correspondientes a la renta vitalicia, es decir, le adeuda la cantidad de 2,000.00 nuevos soles, y persiste en su incumplimiento.

Debido a que la obligación de Rosa acaba de vencer (por

---

deba a determinada persona cierta prestación, pero que, por otra causa, sea también acreedor de esa persona con respecto a lo que él mismo le debe.

haber transcurrido los dos meses de plazo convenidos), ésta podría optar<sup>(54)</sup> por compensar las obligaciones.

Así, si a Rosa, como acreedora de la renta vitalicia, le interesa conservar la relación contractual, pero evitar, además, el desplazamiento de numerario –en vista de ser a su vez deudora de Antonio–, podría invocar la compensación, con lo que se extinguiría lo adeudado a ella por Antonio y se reduce su obligación hacia este último hasta el monto de 98,000.00 nuevos soles.

Vemos pues cómo, en el supuesto analizado, reviste sentido la compensación que se produce entre las obligaciones dimanadas de un mismo contrato y carece de argumentos que la impidan, tanto en el plano teórico como en el práctico.

Ahora bien, es consecuencia de este primer requisito de reciprocidad el que un tercero se vea impedido de invocar la compensación, pretendiendo extinguir el crédito o la deuda que tuviese con alguno de los obligados recíprocamente.

Así, por ejemplo, un tutor no podría oponer en compensación a su acreedor la deuda que éste tiene para con su pupilo. En efecto, en mérito de la exigencia de reciprocidad, dicho tutor no podría pretender que su acreedor diese por cumplida la prestación que él le adeuda en compensación de lo que aquél (el acreedor) debe a su pupilo, pues en tales relaciones obligatorias no existe tal reciprocidad.

La compensación opera cuando se reúnen las condiciones establecidas por la norma entre quienes son mutuamente acreedor y deudor. La ley no admite la intervención de un tercero.

---

(54) En el ejemplo citado, además de la posibilidad de oponer la compensación, Rosa tiene las demás alternativas que la ley ofrece en caso de incumplimiento, como exigir el cumplimiento forzoso de la obligación y la garantía de pago de las pensiones futuras, invocar la excepción de incumplimiento o resolver el contrato.

De esta regla se derivan algunas otras que mencionamos a continuación:

1. El deudor de un pupilo, requerido por el tutor o curador, no puede oponer la compensación por lo que el tutor o curador le debe a él.

Y esto obedece al hecho de que guardador y pupilo son dos personas distintas, con patrimonios diversos.

2. El deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Esto es así porque el deudor principal está obligado personalmente y no puede disponer de un crédito que pertenece a su fiador.

La falta de reciprocidad de las obligaciones, indispensable para el funcionamiento de la compensación, es en este caso evidente, pues el obligado no es acreedor de su acreedor, sino que lo es el fiador, quien para él resulta ser un tercero.

3. El mandatario que es requerido por una deuda suya, no puede oponer la compensación de lo que su acreedor debe a su mandante.

Cada sujeto debe ser, a la vez, acreedor y deudor del otro. En este sentido, al mandatario no se le puede oponer en compensación el débito que él tuviera a favor del deudor de su mandante, cuando dicho mandatario ejercita la acción de cobro.

(b) *Que las obligaciones sean líquidas.*

Constituye requisito esencial de la compensación la liquidez de ambas obligaciones<sup>(55)</sup>.

---

(55) El artículo 1288 del Código Civil, bajo comentario, establece que “por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas ...” (el subrayado es nuestro).

En opinión nuestra, una deuda es líquida cuando los sujetos de la relación obligatoria conocen con certeza la cuantía de su objeto.

G. Marty<sup>(56)</sup> considera que un crédito es líquido cuando su monto y existencia son indiscutibles.

A decir de Jorge Cubides Camacho<sup>(57)</sup>, la liquidez de una deuda resulta de la certidumbre de su existencia y su cuantía. Aclarando el concepto, precisa que una deuda es cierta en cuanto a su existencia cuando no es discutida en juicio y es cierta respecto de su cuantía cuando se sabe a cuánto asciende sin necesidad de liquidaciones previas. Y añade, en otros términos, que una deuda es líquida cuando de manera explícita y clara se sabe qué, cuánto y cómo se debe.

Con un parecer similar Alfredo Colmo, citado por Castañeda<sup>(58)</sup>, estima que una deuda es líquida si su existencia es cierta y su monto determinado.

Según anota Levenhagen<sup>(59)</sup>, el Código Civil Brasileño define el concepto de liquidez en su artículo 1533: "Se considera líquida la obligación cierta, en cuanto a su existencia, y determinada, en cuanto a su objeto."

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(60)</sup> refieren que Vélez Sarsfield, citando a Pothier, señala que una deuda líquida es aquella cuya existencia es cierta y cuya cantidad se encuentra determinada. **Cum certum est an et quantum debeatur.** Y esta línea de pensamiento, también evocando los conceptos de Pothier, es recor-

---

(56) MARTY, G. Op. cit., Tomo II, Página 219.

(57) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 400.

(58) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 271.

(59) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Páginas 154 y 155.

(60) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 300.

dada por Llambías<sup>(61)</sup>, quien precisa que la obligación es líquida cuando su existencia está comprobada y la cuantía de su objeto se encuentra definida.

De estas ideas se puede advertir que la liquidez supone dos condiciones de la obligación, a saber: certeza en cuanto a su existencia y determinación respecto a su cuantía.

No obstante, compartimos la opinión de Cazeaux y Trigo Represas<sup>(62)</sup> cuando señalan que, en estricto, definiciones como las anotadas unifican y pueden confundir dos aspectos diferentes: el de la certidumbre y el de la liquidez.

La certeza de una deuda –precisan– responde a su existencia indiscutida, mientras que lo relativo a la determinación de su importe, el conocer a cuánto asciende lo que se debe, es en verdad la cuestión de liquidez.

Así las cosas, constituyen obligaciones de dudosa certeza aquellas negadas o discutidas en un proceso arbitral o judicial, en tanto que son obligaciones líquidas, por ejemplo, el crédito proveniente de una cláusula penal, el crédito que corresponde a un legatario de bien determinado, el crédito que emana de un título valor o aquellas deudas contraídas con arreglo al nominalismo<sup>(63)</sup>.

Ahora bien, cabe formularse la interrogante de por qué la ley civil peruana exige la liquidez de ambas obligaciones para que se configure la compensación.

---

(61) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 213.

(62) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 301.

(63) En lo relativo a la compensación de las obligaciones de dudosa certeza, Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 301.) consideran que ella no es viable, pues sería injusto que el derecho de un acreedor se viera paralizado por cualquier alegación falaz o arbitraria de un crédito imaginario o simplemente no acreditado o pendiente de sustanciación en un litigio.

A nuestro modo de ver, dicha exigencia obedece a razones de orden práctico. Si por la compensación se extinguen dos o más obligaciones hasta la concurrencia de sus respectivos montos, resulta evidente que para ello se precisa conocer la cuantía de las obligaciones compensables. De lo contrario, sería poco probable saber si ambas obligaciones o sólo una se extinguió totalmente, y en este último caso, cuál es el monto del saldo pendiente de pago.

A decir de Levenhagen<sup>(64)</sup>, es lógico que la compensación requiera como condición la liquidez de las deudas, ya que si éstas fuesen ilíquidas no sería posible saber lo que se debe.

Jorge Cubides Camacho<sup>(65)</sup> señala que, en la compensación, ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de la menor y que, por lo mismo, es necesario que la cantidad sea conocida. De otro modo, no se sabría si ambas deudas se han extinguido en su totalidad, o solamente en parte, ni cuánto ha quedado debiéndose.

En opinión de Llambías<sup>(66)</sup>, el requisito de la liquidez hace práctico el funcionamiento de la compensación, pues evita que un mal pagador la desvirtúe empleándola como un recurso dilatorio. Asimismo, agrega, siendo la compensación un sustitutivo de pago, no se podría pagar una deuda cuyo monto se ignora.

Barros Errázuriz, citado por Cubides Camacho<sup>(67)</sup>, afirma que las deudas deben ser líquidas, de suerte que basta enunciarlas para saber en qué consisten y cuál es su valor; de otra manera no pueden pagarse, porque no se sabe el monto de lo debido.

---

(64) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Páginas 154 y 155.

(65) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 400.

(66) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 213.

(67) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 400.

Por otra parte, cabe anotar que el Código Civil Peruano de 1936 no exigía la liquidez de la obligación como uno de los requisitos de la compensación.

En la Exposición de Motivos del Código Civil Peruano de 1936<sup>(68)</sup>, se aducía que la liquidez no era requisito necesario para oponer la compensación, por considerarse que una obligación ilíquida no deja por eso de tener tal carácter, siendo impropio sujetar el fenómeno de fondo a una cuestión de contabilidad que puede resolverse durante el juicio.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(69)</sup> enseñan que la liquidez en tanto requisito de la compensación ha sido objeto de diversas críticas en las que se argumenta que por ilíquida que sea una deuda no deja por eso de ser tal. Sobre la base de este argumento y, en especial, en aquellas legislaciones en donde la compensación opera de pleno derecho, se ha formulado la siguiente interrogante: ¿por qué no admitir la compensación aunque no haya liquidez, si ésta puede reducirse a un asunto secundario de pericia o contabilidad? Esto explica —a entender de los profesores citados— la supresión de la liquidez como requisito de la compensación en algunos Códigos Civiles como el Alemán (artículos 387 y 390), el Suizo de las Obligaciones (artículo 120), el Polaco de las Obligaciones (artículo 1254) y el Peruano de 1936 (artículo 1294).

En la legislación argentina, si bien el artículo 819 del Código Civil prevé el requisito de la liquidez, los proyectos de reforma prescindían de él fundados en el criterio de Juan Antonio Bibiloni.

Llambías<sup>(70)</sup> refiere que, según el enfoque de Bibiloni, la compensación se justifica por la idea de garantía, que está presente tanto en las obligaciones líquidas como en las ilíquidas. La

---

(68) Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil. Gil S.A. Editores, Lima, 1936, Página 30.

(69) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 301.

(70) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 216.

exigencia de la liquidez para poder pagar se justifica por la necesidad de hacer la tradición de la cosa con que se paga; pero, para compensar, ello no es necesario, porque aun el acreedor de crédito ilíquido está ya en posesión de las especies que se le dan en pago y puede dejarlas en poder del pagador.

Precisa Llambías que, en opinión de Saleilles, si la compensación es una garantía de pago fundada en la existencia de dos deudas recíprocas, no es posible subordinar su eficacia a un hecho azaroso cual es su liquidación.

En opinión nuestra, no resulta posible efectuar la compensación unilateral, en tanto una o las dos obligaciones materia de este acto sean ilíquidas. Esto lo determinan razones de lógica evidente, al no resultar posible oponer compensación unilateralmente cuando nos encontramos en presencia de cantidades inciertas. Si ello fuera factible, en buena cuenta lo que se estaría produciendo sería algo así como “compensar en el aire” o “compensar en el vacío”, pues no resultaría factible conocer –precisamente– cuánto es aquello que resulta materia de la compensación y, por tanto, si ambas deudas se han extinguido en su integridad o si una de ellas se ha extinguido y la otra subsiste parcialmente, ni, en este último caso, conocer el monto por el que resulta subsistente dicha obligación.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que son deudas compensables las obligaciones líquidas, mas no las ilíquidas.

Aun cuando las obligaciones ilíquidas no pueden constituir objeto de compensación, resulta de interés efectuar algunas precisiones en torno a las mismas, ya que la iliquidez de la obligación versa en la indeterminación de su cuantía.

En este sentido, Llambías<sup>(71)</sup> señala que la obligación es ilíquida cuando el objeto no está definido en su cuantía. Así ocu-

---

(71) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 214.

re cuando se trata de la obligación de indemnizar, de honorarios pendientes de regulación, etc.

Jorge Cubides Camacho<sup>(72)</sup> afirma que es una deuda ilícida la que está sujeta a discusión, a litigio o a liquidación previa.

En opinión nuestra, sin embargo, la iliquidez de una obligación se presenta no sólo cuando el valor de la prestación no se ha determinado con certeza, sino también en los casos que, a manera de ejemplo, anotamos a continuación.

- *Si la determinación de su monto o cuantía se confía a un tercero.*

Es el caso de la obligación del comprador de pagar el precio cuyo importe debe fijarse por un tercero (supuesto del artículo 1544 del Código Civil).

Al respecto, pueden consultarse los comentarios anotados por uno de los coautores de esta obra, en un trabajo anterior<sup>(73)</sup>.

- *Cuando su monto o cuantía deba determinarse según la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso.*

Ello ocurre, por ejemplo, tratándose de la recompensa que debe pagar el dueño que recobra lo perdido (hipótesis del artículo 933 del Código Civil), o del crédito que correspondería al comprador de un bien parcialmente pagado que opta

---

(72) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 400.

(73) CASTILLO FREYRE, Mario. El Precio en el Contrato de Compra-venta y el Contrato de Permuta. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen XIX. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, Páginas 181 y siguientes.

por conservar la relación contractual solicitando al vendedor una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo (supuesto del artículo 1533 del Código Civil). Dicha rebaja importaría, a nuestro modo de ver, un crédito ilíquido.

- *Cuando el valor de la prestación deba determinarse mediante resolución judicial.*

Sería el caso de la pensión que corresponde al cónyuge del ausente u otros herederos forzosos, económicamente dependientes de él, en tanto no se haya asignado judicialmente (artículo 58 del Código Civil); del crédito que asiste a los erogantes por el haber neto resultante de la liquidación de un comité, cuando el Ministerio Público objeta judicialmente los estados finales de las cuentas (artículo 122 del Código Civil); de la retribución que corresponde al tutor (artículo 539 del Código Civil); o de la remuneración que asiste al albacea cuando el testador no la ha determinado (artículo 743 del Código Civil).

Otros ejemplos de obligaciones ilíquidas los constituirían el crédito de una indemnización por daños y perjuicios proveniente de la oposición infundada al matrimonio (artículo 257 del Código Civil), el saneamiento por evicción en la partición de la herencia a cargo de los coherederos (artículo 866 del Código Civil), el ejercicio abusivo del derecho de propiedad (artículo 924 del Código Civil), la búsqueda de un tesoro sin autorización en terreno ajeno (artículo 934 del Código Civil), un supuesto de responsabilidad civil contractual (artículo 1321 del Código Civil), un supuesto de responsabilidad civil extracontractual (artículo 1969 del Código Civil), la gestión de negocios (artículo 1952 del Código Civil), o el enriquecimiento sin causa (artículo 1952 del Código Civil), entre muchos otros casos.

- *Cuando la determinación de su cuantía precise de una liquidación compleja y necesariamente documentada.*

Consideramos que si la liquidación de una obligación requiere de probanza y no sólo de algunos cálculos matemáticos, esto es, de un conjunto de operaciones que revisten complejidad a fin de determinar el importe de la relación obligatoria, dicha obligación podría catalogarse como ilíquida.

Sería el caso, por ejemplo, del crédito que corresponde a los hijos que han alcanzado la mayoría de edad por el saldo que resulta en contra de los padres que han administrado sus bienes durante la vigencia de la patria potestad (artículo 430 del Código Civil).

No obstante, debemos preguntarnos si la compensación procede respecto a las obligaciones ilíquidas, pero fácilmente liquidables. Vale decir, si es posible compensar aquellas deudas en las que la determinación de su monto requiere de una simple liquidación previa.

La respuesta afirmativa se impone en la doctrina consultada.

Así, Jorge Cubides Camacho<sup>(74)</sup> afirma que no es necesario que las deudas sean actualmente líquidas; basta que se trate de una obligación fácilmente liquidable, es decir, que su monto pueda llegar a conocerse con toda exactitud por simples operaciones aritméticas, entendiendo por tales las cuatro operaciones matemáticas básicas.

En opinión de Llambías<sup>(75)</sup>, la compensación procede cuando el monto del crédito puede establecerse mediante una simple operación aritmética, o un examen somero de libros o papeles, o si, pese a no estar liquidado, la prueba permite subsanar ese inconveniente.

---

(74) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 400.

(75) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 214 y 215.

Para Valencia Zea<sup>(76)</sup>, el requisito de la liquidez no debe exagerarse, de modo que cuando la determinación del monto de una de las deudas dependa de una operación aritmética, o una rendición de cuentas, o un cómputo de intereses, no puede decirse que el requisito de la liquidez no se ha llenado.

Al respecto, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(77)</sup> anotan que por obra de la doctrina y la jurisprudencia, la condición de la liquidez de las obligaciones se ha visto atenuada, ya que se la tiene por cumplida si la deuda cierta pero indeterminada resulta fácilmente liquidable, mediante, verbigracia, una simple operación aritmética o un somero análisis de libros y papeles.

A nuestro modo de ver, si entendemos que una deuda liquidable es aquella que posibilita la determinación de su importe sobre la base de datos fácilmente verificables o que arroja el propio título, mediante la simple realización de algunas operaciones aritméticas básicas, no encontramos razón que impida extingirla a través de la compensación.

La liquidez que exige la compensación debe interpretarse restrictivamente, comprendiendo tan sólo aquellas obligaciones que requieran cierta dificultad para su liquidación.

Aunque en un ámbito distinto, el nuevo Código Procesal Civil Peruano (artículo 689) permite al acreedor exigir el cumplimiento forzoso de una obligación en la vía ejecutiva si aquella consta en un título que apareja ejecución y es cierta, expresa, exigible y líquida o liquidable mediante operación aritmética<sup>(78)</sup>.

---

(76) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 442 y 443.

(77) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 301.

(78) Durante la vigencia del antiguo Código de Procedimientos Civiles, el Decreto Ley N° 20236, modificatorio del mismo, previó como condición para la procedencia de la acción ejecutiva la liquidez de las deudas contraídas en dinero o en especie, a la par que definió

Así, una deuda sujeta a una cláusula valorista o una deuda que emane de una cuenta corriente pueden ser catalogadas como deudas compensables.

De igual forma, nos encontraríamos en presencia de una obligación fácilmente liquidable y, por tanto, compensable, cuando el precio del bien en un contrato de compraventa se fije utilizando como patrón referencial el precio que tuviere en la bolsa o mercado de un determinado lugar y día (hipótesis del artículo 1545 del Código Civil)<sup>(79)</sup>.

Asimismo, cuando el precio de los bienes objeto de un contrato de compraventa se rija por aquél que normalmente establece el vendedor (supuesto del artículo 1547 del Código Civil)<sup>(80)</sup>, también estaríamos ante una obligación de fácil liquidación.

O en el caso de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, cuyo pago puede efectuarse en moneda nacional, de no mediar pacto en contrario.<sup>(81)</sup>

---

en su artículo 15 el concepto de liquidez: "Se entiende por cantidad líquida, no sólo la que actualmente tiene esta calidad, sino la que pueda reducirse a cifras determinadas mediante simples operaciones aritméticas basadas en los datos que suministra el título ejecutivo."

(79) Sobre el tema, puede consultarse lo anotado en un trabajo anterior por uno de los coautores de esta obra (CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Páginas 275 y siguientes.).

(80) Remitimos al lector a los comentarios efectuados por CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Páginas 311 y siguientes.

(81) Nuestra legislación faculta al deudor a optar por pagar la obligación en la moneda extranjera pactada, o en moneda nacional al tipo de cambio de venta, a menos que haya convenido lo contrario. Así lo establece el Código Civil en su artículo 1237:

**Artículo 1237.-** "Pueden concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediado pacto en contrario en lo referido a la moneda de pago y el deudor re-

En este supuesto, el deudor de la suma en moneda extranjera puede oponer la compensación a su acreedor, quien a su vez sea su deudor en moneda nacional, ya que la determinación del importe de la deuda del primero es muy simple: sólo habrá que verificar el tipo de cambio de venta del día y lugar de vencimiento de la obligación y, mediante una simple operación aritmética de multiplicación o de división –según el caso–, se convierte en equivalente a moneda nacional. Inclusive en la hipótesis del tercer párrafo de la norma citada, merced a la cual el acreedor puede escoger que el pago de la deuda contraída en moneda extranjera –que va a ser pagada en moneda nacional– sea realizado según el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación o el tipo de cambio vigente el día del pago, no existe dificultad alguna, ya que la información de ambos tipos de cambio es sumamente asequible y verificable en nuestro medio. Se trata, pues, de una obligación fácilmente liquidable y, por tanto, susceptible de compensación<sup>(82)</sup>.

Y hasta aquí sólo unos pocos casos de obligaciones líquidas e ilíquidas, destinados a ilustrar nuestra opinión.

(c) *Que las obligaciones sean exigibles.*

La exigibilidad de las obligaciones constituye presupuesto esencial para que opere la compensación.

Dicha exigibilidad versa, a nuestro modo de ver, en la facultad que asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento forzoso de la obligación<sup>(83)</sup>.

---

tardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día de pago."

(82) El tema de la compensación de obligaciones en moneda extranjera tiene otras variantes, las mismas que analizaremos al tratar el requisito de fungibilidad de las prestaciones.

(83) Al respecto, pueden consultarse los comentarios anotados por no-

A decir de Llambías<sup>(84)</sup>, para que funcione la compensación es indispensable que las obligaciones sean exigibles, es decir, que puedan reclamarse judicialmente desde ya por el respectivo acreedor.

En opinión de Jorge Cubides<sup>(85)</sup>, es preciso que el acreedor tenga la facultad legal para pedir el pago de la obligación, judicialmente, si es necesario, pues siendo la compensación lo que es – un doble pago– cada uno de los deudores debe estar ya obligado a pagar, como cada uno de los acreedores en la posibilidad de exigir su derecho.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(86)</sup> consideran que el perfeccionamiento de la compensación requiere que ambas deudas sean exigibles, esto es, que su cumplimiento pueda gestionarse compulsivamente, de inmediato, en forma privada o judicialmente.

Laurent<sup>(87)</sup> afirma que la compensación tiene razón sólo entre dos deudas igualmente exigibles, entendiéndose por deuda exigible a aquella que otorga al acreedor el derecho de que se le pague inmediatamente, ya que el deudor no podrá oponerle una excepción que enerve la acción.

Con similar parecer, Huc<sup>(88)</sup> refiere que una deuda es exigible cuando el acreedor requiere su pago sin que el deudor pueda oponer una excepción que destruya la acción.

Siendo, pues, la exigibilidad de las obligaciones un requisito medular para la posibilidad de oponer la compensación unilateral,

---

sotros con ocasión del análisis del artículo 1219 del Código Civil (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 31 y siguientes.).

(84) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 208.

(85) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 401.

(86) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 301 y 302.

(87) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Página 425.

(88) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 201 y 202.

podemos concluir que no son deudas compensables –por carecer de exigibilidad–, los siguientes créditos, que utilizamos a manera de ejemplos representativos.

- *Aquellos créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad.*

Existen supuestos señalados expresamente por la norma positiva en los que, si bien se ha originado un deber con contenido patrimonial de una de las partes respecto de la otra, este deber no es exigible. Es el caso, por ejemplo, del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943 del Código Civil), los que, al no estar prohibidos, son actos lícitos, pero se carece de acción para reclamar por su resultado.

Bajo este supuesto, si Alberto es deudor de Juan (por ejemplo, le adeuda el precio pactado por la compra de un bien), y una noche ambos juegan una partida de **pocker**, resultado de la cual Juan queda debiendo a Alberto una suma de dinero, este monto no podría ser objeto de compensación unilateral respecto de la deuda que Alberto mantiene con Juan.

- *Los créditos expectaticios.*

Estos créditos, en realidad, aún no son tales; están supeditados a que las condiciones que han originado las expectativas de su “nacimiento” se vuelvan ciertas. En otras palabras, se trata de derechos expectaticios respecto de un acontecimiento futuro. No siendo aún ciertos, estos créditos no son susceptibles de disposición, ni por tanto de compensación unilateral.

Sería el caso, por ejemplo, de un deudor que se entera que su acreedor lo ha instituido como legatario de determinado bien. Es cierto que este legatario podría conocer exactamente qué bien o suma de dinero ha sido dispuesta por el acreedor para él, pero sólo tiene una expectativa, razón por la

cual no podría compensarlo con la deuda que mantiene con este acreedor que lo ha instituido como legatario. El mismo principio es aplicable al crédito que corresponde a un heredero forzoso (artículo 735 del Código Civil), o a un heredero voluntario (artículo 737 del Código Civil), o a los herederos legales de quien carece de herederos forzosos y voluntarios (artículo 815 del Código Civil), entre otros.

– *Los créditos sujetos a una condición suspensiva.*

Cuando la exigibilidad de una obligación depende del acaecimiento de una condición suspensiva, es obvio que dicha obligación no puede ser objeto de compensación, ya que no surte efectos sino hasta que la condición se produzca.

La condición suspensiva hace depender la eficacia de la obligación –y por lo tanto también su exigibilidad– del cumplimiento de un hecho futuro e incierto.

Estas obligaciones, que están supeditadas a una condición suspensiva, serán exigibles cuando ocurra el hecho futuro e incierto, es decir, en cuanto se cumpla la condición de la cual depende su existencia.

En cambio, tratándose de las obligaciones subordinadas a condición resolutoria, en tanto ésta no se verifique, la obligación es plenamente eficaz y produce todas sus consecuencias, por lo que, en opinión nuestra, procede la compensación.

Empero, si la condición resolutoria se cumple, la obligación se extinguirá retroactivamente; en otras palabras, quedará como si nunca hubiese existido. Por ende, la compensación operada también quedaría sin efecto, de suerte que la otra obligación se restablecería, tornándose nuevamente en exigible. De igual modo, las garantías que hubiese tenido la obligación restablecida recobrarían su efectividad, retornarían a la vida jurídica, ya que al ser accesorias a la obligación principal, siguen su suerte.

– *Los créditos sujetos a plazo suspensivo.*

Si la obligación se sujeta a un plazo suspensivo, resulta evidente que, pendiente éste, dicha obligación no será exigible y, por tanto, no podrá constituir objeto de compensación. Para ser exigibles, las deudas deben ser de plazo vencido; no habría coherencia en otorgar un plazo al deudor y, antes de transcurrido éste, exigirle el cumplimiento de su obligación.

En cambio, si el plazo estipulado fuese resolutorio o final, la compensación puede oponerse hasta el vencimiento de dicho plazo, toda vez que durante ese lapso la obligación sí es exigible<sup>(89)</sup>.

La doctrina es unánime en afirmar que la sujeción de la obligación a un plazo suspensivo obsta su exigibilidad y, por tanto, impide la compensación.

En este sentido, Valencia Zea<sup>(90)</sup> anota que las deudas sometidas a término no pueden compensarse con las puras y simples, ya que los plazos que un acreedor otorga a su deudor impiden la compensación en tanto no hayan vencido. La jurisprudencia argentina –señala el mismo autor– ha resuelto que durante la vigencia del contrato de arrendamiento el arrendatario no puede compensar al arrendador los precios

---

(89) Como sabemos, el plazo puede ser suspensivo o resolutorio, según importe el nacimiento o terminación de los efectos de la relación jurídica. El plazo suspensivo es aquél que difiere hasta su vencimiento, no el nacimiento pero sí la exigibilidad de la obligación. En cambio, el plazo resolutorio es aquél que antes de su vencimiento faculta al acreedor para ejercer su respectivo derecho, y una vez ocurrido lo extingue.

Al respecto, el primer párrafo del artículo 178 del Código Civil hace referencia al plazo suspensivo y al resolutorio, al establecer que cuando el plazo es suspensivo, el acto jurídico no surte efecto mientras se encuentre pendiente, en tanto que cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto jurídico cesan a su vencimiento.

(90) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 443.

del arriendo con las sumas que le haya depositado como garantía del cumplimiento de sus obligaciones; empero, una vez terminado el contrato y entregada la cosa, el arrendatario puede compensarle los montos que quedó debiendo, con las sumas dadas en depósito como garantía.

G. Marty<sup>(91)</sup> afirma que, si uno de los créditos es a plazo, la compensación no puede operar, pues quien cuenta con un plazo no debe nada. El acreedor del crédito exigible podrá demandar el pago; el del crédito a plazo deberá esperar el vencimiento de éste.

A decir de Jorge Cubides<sup>(92)</sup>, una deuda sometida a plazo no puede ser compensada mientras exista tal plazo.

Ahora bien, el plazo de gracia constituye la única excepción a esta regla. Este no es un plazo adicional convenido entre las partes; no se trata, pues, de una prórroga acordada entre acreedor y deudor, por medio de la cual el acreedor acepta postergar el vencimiento del plazo, o lo que es lo mismo en cuanto a sus efectos, otorgar un nuevo plazo al deudor para el cumplimiento de la obligación. El plazo de gracia no es un acuerdo entre partes, sino un gesto unilateral, gracioso, del acreedor de conceder un lapso adicional a su deudor. Por no ser consensual no obliga al acreedor y, por tanto, el crédito es exigible. Un plazo de tal naturaleza no obsta la compensación<sup>(93)</sup>.

En este sentido, Cubides<sup>(94)</sup> refiere que el plazo de gracia, por tratarse de una concesión de hecho del acreedor a su deudor (al permitirle un tiempo adicional), no impide la compensación en tanto no es obligatorio ni liga al acreedor.

---

(91) MARTY, G. Op. cit., Volumen II, Páginas 219 y 220.

(92) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 401.

(93) El **Code** regula el plazo de gracia en su artículo 1292: "El término de gracia no es obstáculo para la compensación".

(94) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 401.

Opinión similar expresa Valencia Zea<sup>(95)</sup>, cuando señala que los plazos que un acreedor otorga a su deudor impiden la compensación, mas no los simples plazos de gracia.

Por otra parte, en lo relativo a las obligaciones de cumplimiento periódico, debemos precisar que la compensación procede, pero únicamente respecto de las prestaciones exigibles y no sobre aquellas cuyo plazo no ha vencido. En resumen, sólo pueden compensarse las prestaciones que ya vencieron y no las futuras.

Supongamos que María se obliga, en virtud de un contrato de suministro, a entregar a Pablo dos computadoras por mes, durante doce meses. A su vez, Pablo adeuda a María diez computadoras idénticas a las del contrato de suministro, obligación nacida de un contrato de permuta cuyo plazo ya venció. Al incumplir María la primera entrega, cualquiera de las partes puede oponer la compensación de esta entrega con la parte equivalente de la obligación proveniente del contrato de permuta. Pero –reiteramos– solamente se puede oponer la parte vencida del contrato de suministro, es decir, la primera entrega, que viene a ser dos computadoras, y no las futuras obligaciones que aún no han vencido y que, por tanto, no resultan exigibles.

De esta forma, se extinguirán las obligaciones del contrato de suministro correspondientes al primer mes, así como la porción equivalente del contrato de permuta, a saber, dos computadoras. En tal sentido, Pablo continuará obligado respecto del saldo no compensado, esto es, a la entrega de ocho computadoras, en tanto que María seguirá comprometida a ejecutar, a su vencimiento, las once prestaciones futuras (en los once meses restantes de vigencia de la relación contractual).

---

(95) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 443.

– *Las obligaciones naturales.*

Las obligaciones naturales son –precisamente– aquellas no exigibles por antonomasia, ya que no confieren acción para demandar el cumplimiento del deudor. Resulta evidente, por tanto, que respecto a éstas no opera la compensación unilateral. La doctrina concuerda en este punto.

Expresa Jorge Cubides<sup>(96)</sup> que no podrá haber compensación si una de las obligaciones es natural, por cuanto aquélla no procede respecto de obligaciones que no confieren al acreedor derecho para exigir su cumplimiento.

Para Huc<sup>(97)</sup> las obligaciones naturales no son compensables, ya que su admisión en compensación se traduciría en un pago efectuado contra la voluntad del acreedor.

Héctor Lafaille<sup>(98)</sup> señala que las deudas naturales no son compensables, pues la ley impone entre los requisitos que ambas deudas sean subsistentes civilmente, vale decir, que presenten el carácter de exigibilidad.

En opinión similar, Salvat<sup>(99)</sup> manifiesta que las obligaciones naturales no pueden ser objeto de una compensación porque faltarían en tal caso dos requisitos necesarios para que ésta sea admisible, a saber: 1° la condición de que ambas deudas sean subsistentes civilmente; y 2° la condición de ser ambas deudas exigibles. Como se sabe, las obligaciones naturales no se sustentan en el Derecho positivo, sino única y exclusivamente en el Derecho Natural y la equidad, y no confieren a su acreedor acción para exigir su cumplimiento. Esa es la diferencia respecto de las obligaciones civiles, que se fundan en el Derecho positivo, el cual es la concreción del Derecho Natural y la equidad.

---

(96) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 401.

(97) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 201 y 202.

(98) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo VI, Volumen II, Página 18.

(99) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 295.

Si bien nuestro Código Civil vigente no emplea la denominación “obligación natural”, consigna ciertas normas que se adecúan a esta categoría. Una de ellas, por ejemplo, es la referente a la deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados (artículo 1943), supuesto que ya analizamos en el acápite referente a los créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad. Otra, también a modo de ejemplo, es la relativa a la deuda que ha prescrito (artículo 1275), ya que una vez que un crédito ha perdido, por el transcurso del tiempo, su acción, la deuda se vuelve inexigible, convirtiéndose su cumplimiento en potestativo, o sea, en una obligación natural. De esta manera, el pago de esa deuda constituiría un deber moral que, al no ser exigible, no sería susceptible de compensación.

Dentro de tal orden de ideas, no cabe la menor duda de que la compensación legal prevista en el artículo 1288 del Código Civil, bajo comentario, no podría verificarse en el caso de las obligaciones naturales, debido a la principal característica de éstas, cual es su inexigibilidad.

(d) *Que las prestaciones sean fungibles y homogéneas.*

Además de los requisitos de reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones, para oponer unilateralmente la compensación es indispensable que las prestaciones sean fungibles y homogéneas.

Al respecto, consideramos que el Código Civil incurrió en un error de redacción al referirse a este requisito, pues lo centra en las prestaciones y no en el objeto de éstas. Es el objeto de las prestaciones el que va a ser comparado a fin de establecer su grado de semejanza con otro, por lo que la calidad de fungible se le aplicará a él y no a la prestación.

Entonces, para que opere la compensación unilateral se requiere que los objetos de ambas prestaciones sean fungibles y homogéneos. Esto quiere decir que ambas deudas deben referir-

se a bienes u objetos (en la acepción más amplia del término) fungibles entre sí.

En efecto, no basta que el objeto de cada prestación sea fungible únicamente respecto a sí mismo, sino que también sea fungible respecto al objeto de la otra prestación. Dicho en otros términos, el objeto de la prestación debido por una de las partes debe ser fungible con el objeto de la prestación adeudado por la otra parte. La homogeneidad requerida por nuestra norma (artículo 1288 del Código Civil) alude, pues, a una sintonía de género, especie y calidad entre los objetos de ambas prestaciones.

En este punto, nos parece pertinente señalar que tal fungibilidad también podría darse en las obligaciones de hacer, en la medida que el objeto de ellas lo permita. La doctrina y la mayor parte de las legislaciones no contemplan este supuesto, debido a que se considera que no puede presentarse en la realidad de los hechos. Pero podrían existir casos en los que, a nuestro criterio, aparecieran las características necesarias de fungibilidad, a pesar de sus muy escasas probabilidades de ocurrencia práctica.

Un ejemplo podría ser el siguiente: una persona, Alberto, se halla comprometida a sembrar césped de calidad "A-1" en el jardín de otra, Ana. Este jardín tiene una extensión de 200 m<sup>2</sup>. Posteriormente, en virtud de otro contrato, Ana se obliga a sembrar el mismo tipo de césped en el jardín de Alberto, cuya área es de 120 m<sup>2</sup>. En este punto, suponiendo que ambas obligaciones hayan vencido y sean exigibles, cualquiera de las dos partes podría oponer a la otra la compensación, ya que el objeto de sus prestaciones es equivalente y, por tanto, intercambiable, esto es, fungible. Procediendo la compensación, la obligación de Ana se extinguiría, en tanto que la de Alberto quedaría reducida a sembrar 80 m<sup>2</sup>. de césped en el jardín de Ana.

Esta simetría en el objeto de las prestaciones entre acreedor y deudor no es tan frecuente, desde luego, como en las obligaciones de dar, pero existen diversas situaciones que, dado el caso, podrían concurrir en el supuesto bajo análisis. Así como en el ejemplo anterior, la compensación unilateral podría operar en

otras situaciones, como en el caso de dos partes que se encuentren recíprocamente obligadas a pintar la vivienda de la otra o a transportar hasta un punto determinado una carga de similares características de peso y volumen, etc.

Como expresa Cubides<sup>(100)</sup>, la exigencia de que ambas obligaciones sean de bienes fungibles de igual género y calidad se explica porque la compensación no es una permuta sino una suerte de doble pago. Cada acreedor debe recibir lo que él mismo debe, ya que nadie puede ser obligado a recibir en pago una cosa distinta a la que se le adeuda.

Por ello, añade, no podría compensarse cebada (bien fungible) con trigo (bien fungible), ambas prestaciones de distinta especie, aunque fungibles en su individualidad como objeto de una prestación. Tampoco sería factible compensar vino de mesa de primera calidad (bien fungible) con vino ordinario de cocina (bien fungible), ambas prestaciones de similar especie pero de diferente calidad.

García Goyena, citado por Manuel Borja<sup>(101)</sup>, incide en la identidad de la compensación con el pago, señalando que aquélla requiere los mismos términos que éste; en otras palabras, refiere que, si para el pago de las cosas fungibles no basta otro tanto de la misma especie sino también de la misma calidad, las mismas condiciones deben concurrir para que pueda verificarse la compensación.

La calidad de la fungibilidad no se exige, pues, con relación a las cosas consideradas en sí mismas, sino con respecto al objeto de la otra obligación. De esta forma, la obligación de entregar gasolina no se compensa con el crédito por una suma de dinero, pese a ser ambos objetos fungibles, puesto que no hay “fungibilidad recíproca”. El deudor de gasolina no puede imponer

---

(100) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Páginas 398 y 399.

(101) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 637.

a su acreedor que reciba dinero como pago, así como tampoco quien debe dinero puede pretender liberarse entregando cualquier otro bien fungible. Por ello es que la fungibilidad no debe ser independiente, sino recíproca.

De la misma forma, una obligación contraída en moneda extranjera (por ejemplo, en dólares de los Estados Unidos de América) no puede ser compensada con un crédito por un monto en otro tipo de moneda también extranjera (como por ejemplo, reales brasileños). Ambas obligaciones recíprocas son susceptibles de compensación si las dos monedas resultan fungibles entre sí, es decir, si corresponden al mismo país. Así, puede compensarse una obligación de entregar pesos argentinos con otra que también consista en dar pesos argentinos, etc.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico abre al deudor de una suma de moneda extranjera la posibilidad de optar entre realizar dicho pago en la misma moneda extranjera en que contrajo la obligación, o en su equivalente en moneda nacional, tal como dispone el artículo 1237 del Código Civil Peruano<sup>(102)</sup>.

En otras palabras, para estos casos específicos, la norma imperativa establece la fungibilidad entre moneda nacional y moneda extranjera. Pero es una fungibilidad **sui generis**, ya que sólo lo es para quien paga y no para quien cobra. Es el deudor quien tiene un derecho de sustitución (**ius variandi**) para elegir si paga con una o con otra prestación, mientras que el acreedor únicamente puede demandar el cumplimiento de la prestación en moneda extranjera (aquella que está **in obligatione**)<sup>(103)</sup>.

---

(102) Sobre el particular, remitimos al lector a lo anotado por nosotros con ocasión del análisis de este artículo (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit, Segunda Parte, Tomo V, Páginas 173 y siguientes.).

(103) La moneda extranjera es la que está **in obligatione** en este caso, y, por tanto, es la que debe ser restituida. Así, la obligación debe pagarse en la misma moneda o en su equivalente en moneda nacional, lo cual va a permitir al acreedor adquirir el mismo número

Por ello, cabría considerar fungible una deuda en moneda extranjera respecto de un crédito en moneda nacional y, por ende, factible la compensación entre una y otra obligación, pero siempre y cuando sea el deudor de moneda extranjera quien la oponga. Asimismo, siendo muy simple su conversión –sólo se requiere de una operación aritmética básica– a moneda nacional, la obligación en moneda extranjera es fácilmente liquidable, por lo que también cumple con el requisito de liquidez.

En resumen, si ambas deudas han sido contraídas en la misma moneda extranjera –por ejemplo, en francos franceses–, al estar cada una de las partes facultada a escoger si paga a su respectivo acreedor en francos o en nuevos soles, entonces ambas monedas vienen a ser fungibles entre sí, por lo que la compensación es oponible por cualquiera de ellas. El saldo restante –en caso de disparidad de montos– podrá ser pagado por el deudor en francos o en nuevos soles. Por otro lado, si una de las deudas es de moneda nacional y la otra de moneda extranjera, la compensación invocada por el deudor de moneda extranjera será válida, puesto que es él quien tiene la prerrogativa de elegir pagar su deuda en la moneda originalmente convenida o en moneda nacional.

A nuestro entender, la exigencia de la fungibilidad como requisito para la compensación unilateral, se da en dos niveles: el primero, al interior del objeto de cada prestación; y el segundo, entre los objetos de ambas prestaciones. Este segundo nivel de fungibilidad es lo que nuestra norma denomina “homogeneidad”, para no confundirlo con el primero. Ambas deudas de bienes fungibles deben ser, por tanto, homogéneas, es decir, fungibles entre sí.

---

de unidades de moneda extranjera que el originalmente convenido. De ahí también el tercer párrafo del artículo 1237, que brinda al acreedor la concesión de optar, en caso de retardo en el pago en moneda nacional, por el tipo de cambio de venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día del pago (es decir, por el que más le convenga).

Ahora bien, podría constituir un exceso de nuestra norma la exigencia de ambos niveles de fungibilidad mediante los términos fungibilidad y homogeneidad, ya que bastaría con decir "... de prestaciones fungibles entre sí..." para que la fungibilidad opere respecto de ambos niveles. En efecto, si los objetos de ambas prestaciones son fungibles entre sí, esto implica la fungibilidad individual de cada uno. Basta que un objeto sea fungible con otro para que el concepto de "fungible" se aplique a ambos indistintamente. Entonces, si el objeto de una prestación es fungible con el objeto de la otra, no sólo serán fungibles entre sí sino que implícitamente son objetos fungibles al interior de la prestación misma.

De igual manera, en términos conceptuales, un bien fungible debe ser homogéneo respecto de los bienes con los que es intercambiable o equivalente. La homogeneidad es la característica principal de la fungibilidad, está incluida en ésta; alude particularmente a la equivalencia de calidad entre los bienes<sup>(104)</sup>. Así, lo que es fungible es por esencia homogéneo. Lo heterogéneo no puede ser fungible.

---

(104) Al hablar de "calidad" debemos hacer mención que ésta abarca la noción de antigüedad. Según el tipo de bien de que se trate, este factor será determinante para definir la fungibilidad. Así, un vino de 12 años de antigüedad tendrá una calidad –y por ende un valor– considerablemente superior al de uno elaborado exactamente por el mismo fabricante, en el mismo lugar y con los mismos insumos y técnicas, pero en fecha reciente. Por el contrario, una máquina de facsímil que jamás fue usada, es decir, que se encuentra "nueva" y sellada al interior de su embalaje, pero que fue fabricada hace cinco años, tendrá un valor muy inferior a una de la misma marca y modelo, con similares características técnicas, fabricada el mes anterior. Finalmente, como mencionamos al tratar el tema (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo II, Página 103.), otro ejemplo donde el criterio de antigüedad reviste importancia y se incorpora al de calidad, sería el de un bien original antiguo y una réplica actual realizada por la misma persona o fábrica. La antigüedad, en resumidas cuentas, y según el caso, sumará o restará "calidad" al bien, determinando su fungibilidad o infungibilidad.

En conclusión, resultaría reiterativo emplear el vocablo “homogéneos” al aludir a los objetos de estas prestaciones. En cuanto a la posible confusión relativa al espectro que debe abarcar la fungibilidad, este problema se resolvería haciendo explícito en la norma que los objetos de las prestaciones han de ser “fungibles entre sí”.

Por otra parte, como anteriormente hemos expresado, el requerimiento de fungibilidad entre los objetos de las prestaciones, para que pueda operar la compensación, no debe tomarse en su sentido más estricto, a saber, que los objetos de ambas prestaciones deban ser idénticos tanto en naturaleza como en magnitud, supuesto de muy difícil ocurrencia.

Ciertamente es muy poco probable que, en dos momentos distintos, dos personas o partes se obliguen a ejecutar –una respecto de la otra y la otra respecto de la primera– exactamente lo mismo y en idéntica cuantía. De admitir ésta como la interpretación correcta de la noción y alcances de la fungibilidad, estaríamos reduciendo el campo de la compensación unilateral a límites inadecuadamente estrechos. Sólo cabría la compensación total, no la parcial.

Así, de acuerdo a este criterio, siuviésemos de un lado la obligación de pagar 4,300.00 nuevos soles, sólo podríamos compensar dicha obligación con otra cuyo monto exacto fuese de 4,300.00 nuevos soles. O si José debiese entregar a Pedro 275 gramos de sal refinada, no podría compensar su deuda a menos que Pedro llegase a adeudarle 275 gramos del mismo producto, ni más ni menos. Se estaría hablando de identidad no sólo en cuanto a especie y calidad, sino también en cantidad, entorpeciendo –sin sentido– la utilidad práctica de esta figura jurídica.

Por ello, reiteramos que la fungibilidad no debe entenderse como equivalencia de los objetos de las prestaciones hasta sus últimas consecuencias; es decir, pretendiendo que todos los detalles de lo adeudado sean idénticos a los de la otra prestación. El elemento “cantidad” constituiría prácticamente un obstáculo insalvable para lograr el objetivo de la figura jurídica de la compensación, y por ello no debe tomarse en cuenta.

La compensación tiene como finalidad eliminar unilateralmente el “doble pago”. La razón de la concesión de esta prerrogativa no se encuentra sólo en un afán de simplificación —que siempre es eficiente—, sino de modo principal en dar seguridad a ambos deudores respecto del cumplimiento de la obligación de la cual son a su vez acreedores. Como ambas obligaciones son (en la mayoría de casos) producto de actos jurídicos independientes, se mantienen autónomas en todos sus extremos, por lo que el incumplimiento de una no se relaciona con el incumplimiento de la otra. Por eso, no sería improbable el supuesto de que una persona que debe dinero a otra que a su vez también le adeuda una suma, no se sienta proclive a pagar su parte por temor a que luego la otra no le abone lo que le debe. Posiblemente la otra parte sienta lo mismo y por ello tampoco cumpla su obligación.

Es dentro de ese contexto que la compensación puede aparecer como una suerte de “intromisión” entre dos contratos independientes y abre la puerta a su vinculación por vía unilateral, siempre y cuando se verifiquen los requisitos señalados.

Entendiendo la razón de la compensación unilateral, queda claro por qué el elemento “cantidad” no debe tomarse en cuenta al hablar de fungibilidad. Si lo que se busca es eliminar el “doble pago”, resulta irrelevante que ambas deudas sean distintas en cuantía, ya que de todas maneras una de ellas —la menor— se extinguirá.

No obstante lo señalado, nuestro Código Civil consideró necesario reafirmar este criterio, empleando la expresión “hasta donde respectivamente alcancen”.

Por último, existen legislaciones, como la argentina, que incluyen entre los bienes objeto de deudas compensables a “las cosas inciertas no fungibles, sólo determinadas por su especie, con tal que la elección pertenezca respectivamente a los dos deudores.” (artículo 820 del Código Civil Argentino). El argumento que sustenta dicha inclusión es que, si uno de los deudores tiene la potestad de elegir para librarse la misma cosa que el otro deudor podría a su vez escoger, entonces sería factible que operase la compensación unilateral.

Podría discreparse con esta posibilidad que la legislación argentina abre para la compensación, en el sentido de que, por tratarse de bienes a elección de las partes, en caso de operar la compensación se estaría vulnerando el derecho de una de ellas a elegir el bien que más convenga a sus intereses o deseos. De esta forma, quien opusiera la compensación, en cambio, sí estaría empleando su facultad de elección, por lo que aparentemente se estaría ante una situación de desigualdad que desvirtuaría lo acordado convencionalmente.

En opinión nuestra, independientemente de que se trate del acreedor o del deudor, si quien opuso la compensación es el que tenía la potestad de elegir, entonces tal compensación no debería calificarse de improcedente, ya que en este supuesto quien ha invocado la compensación habría podido elegir lo mismo que hubiese elegido su contraparte, sin perjuicio para nadie<sup>(105)</sup>.

#### – **Clases de compensación**

La compensación puede ser clasificada de diversas formas: se le puede analizar en función a su origen, de acuerdo con los sujetos que intervienen en ella, según su ámbito de operación y, por último, en relación con su magnitud.

Veremos también cómo estas clases de compensación no son excluyentes entre sí, pudiendo coexistir unas con otras.

---

(105) Por ejemplo, si Pablo tuviese que elegir y entregar a Antonio dos caballos de carrera –bienes inciertos no fungibles y determinados sólo por su especie–, y por su parte Antonio debiese elegir y entregar a Pablo tres caballos de carrera de las mismas características. En este caso, Pablo podría oponer la compensación de dos caballos y dar por extinguida su obligación, mientras que la obligación de Antonio se vería reducida a la elección y entrega a Pablo de un caballo de carrera. Como vemos, con la compensación opuesta por Pablo no se vulnera el derecho de elección de Antonio, puesto que de haber efectuado Antonio su elección, Pablo habría luego podido elegir entregar lo mismo, estando entonces ambos facultados a oponer la compensación, con idénticos resultados.

- (a) *De acuerdo a si opera en virtud de la ley o de la voluntad humana, esto es, en función a su origen.*

Esta primera clasificación divide a la compensación según si se origina en la voluntad de las partes o con prescindencia de ella.

(a.1) *Legal o de pleno derecho.*

La compensación legal es la que se produce por simple ministerio de la ley, sin intervención alguna de las partes. Sólo hace falta que se den los requisitos de reciprocidad, exigibilidad, liquidez y fungibilidad de dos o más obligaciones entre acreedor y deudor, para que la ley las declare compensadas hasta el monto de la de menor valor –de no ser ellas iguales–, aun sin conocimiento de las partes. Opera, pues, de pleno derecho.

Como sabemos, esta figura se incorporó al antiguo Derecho Francés por una interpretación considerada como inexacta de los textos de Justiniano<sup>(106)</sup>.

---

(106) Como antes lo hemos analizado, en el primitivo Derecho Romano la compensación únicamente podía operar si las partes se ponían de acuerdo, es decir, se requería el consentimiento de ambas partes para su funcionamiento. Esto obedecía a los antiguos procedimientos romanos por los que no se permitía recargar al juez planteando más de un asunto por litigio. Si se demandaba el pago de una deuda, no podía mezclarse ninguna otra cuestión, por lo que no era posible oponer –por ninguna de las partes– un crédito a la deuda demandada.

Posteriormente, en el Derecho Romano clásico, se aprobó conceder la compensación por medio de una excepción de dolo – **exceptionis ope**– que podía interponer el deudor demandado que a su vez era acreedor del demandante.

Al reformar la compensación, Justiniano decidió que ésta podía invocarse sin ninguna formalidad especial, en particular sin tener que recurrir a la excepción de dolo. Sólo era necesaria la concurrencia de los requisitos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y fungibilidad de las prestaciones, para que la compensación operara **ipso iure**, es decir, sin necesidad de que fuera consagrada judicialmente.

La compensación legal o automática fue recogida por las legislaciones sobre las que el Código Francés ejerció su influencia. De este modo, prevaleció durante el siglo pasado, hasta el cuestionamiento de la eficiencia y validez del carácter compulsivo y forzoso de la figura, que condujo a su replanteamiento.

En efecto, la compensación legal llega a ser no sólo arbitraria, sino incongruente con la estructura legal del sistema civil. Operando la compensación como un doble pago ficto y teniendo el pago el carácter de libre (nadie está obligado a cobrar su acreencia; la ley no se entromete en el cumplimiento de las deudas que no se reclaman, si es que el acreedor no perjudica a nadie con el no cobro de su crédito, e incluso podría convenirle la subsistencia del mismo), dados los principios de libertad de gestión y libertad de extinción de las obligaciones, la compensación impuesta por mandato de la ley resulta un quiebre que desvirtúa la lógica del conjunto.

Este tipo de ruptura al interior del conjunto normativo se justificaría en aras de la colectividad, es decir, si reforzara o garantizase algún principio de orden público. Pero, en el presente caso, al no comprometer ningún principio de esta naturaleza, no existe razón alguna que la convalide. Por ello, la gran mayoría de las legislaciones del Derecho moderno han ido abandonando el sistema de la compensación legal, para sustituirla por la compensación voluntaria o unilateral.

Por último, el tratamiento del mismo sistema francés, que conserva la compensación legal o automática, adolece de severas inconsistencias. Por ejemplo, si bien ésta es imperativa, al mismo tiempo es renunciable (por lo tanto, no es de orden público: las normas de orden público –por definición– no son renunciables). Asimismo, al ser renunciable deviene, por lógica, en facultativa.

En este sentido, Malaurie y Aynés<sup>(107)</sup> señalan que, a pesar de la insistencia del texto francés en remarcar el carácter de pleno derecho de la compensación legal, repitiendo que ésta opera “por la sola fuerza de la ley” y “aun sin el consentimiento del deudor”, no se debe exagerar la automaticidad del pago que aquélla produce, ya que en realidad debería ser invocada para que surta sus efectos. Esta regla se desprende de otras normas al interior del mismo cuerpo legal: el acreedor puede renunciar a sus efectos antes o después del momento de su ocurrencia, por lo que se le confiere carácter facultativo, como se interpreta del artículo 1299 del Código Civil Francés.

Finalmente, lo dispuesto por el artículo 1295 del **Code**, que constituye la fractura más saltante a la rotunda definición francesa de la compensación legal: si el acreedor de un crédito ya extinguido por la compensación (por la simple coexistencia) cede dicho crédito a un tercero con el consentimiento del deudor, éste no podrá oponer al cesionario la excepción de compensación, de modo que el crédito —que supuestamente ya estaba extinguido— podrá ser exigido por ese tercero.

En conclusión, el artículo base de la institución de la compensación legal en el Código Francés adolece de contradicciones de tal magnitud en su relación con el resto de normas que la regulan, que el concepto de compensación legal se encuentra, en la práctica, desvirtuado.

Por último, consideramos que la expresión “compensación legal” no es la más adecuada, pues cualquier clase de compensación lo es (legal), siempre que no contravenga norma imperativa de orden público. Las

---

(107) MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent. Op. cit., Páginas 601 y 602.

compensaciones voluntarias, judiciales, etc., son “legales” (si tomamos el término por oposición a “ilegales”) en los sistemas que las contemplan dentro de sus legislaciones. Nos parecería, por tanto, más idóneo llamar a este tipo de compensación de una manera que se ajuste mejor a su concepto, como por ejemplo, “compensación de pleno derecho”, “compensación automática”, etc.

(a.2) *Voluntaria.*

Como sabemos, la compensación es una forma de pagar o de extinguir obligaciones (quien compensa está pagando), distinguiéndose del pago en estricto en cuanto no hay tradición alguna, sino que el acreedor extingue lo que adeuda con lo que le deben. Siendo de naturaleza similar al pago, su exigencia es libre y opera a voluntad del acreedor. En cualquier situación de acreencia, es potestativo para el acreedor cobrar o no su crédito. No hay norma que lo obligue a hacerlo, ni tampoco existe ley que disponga arbitrariamente del patrimonio del deudor y sustraiga de él un bien para entregárselo al acreedor. Sin embargo, si el acreedor desea hacer valer su derecho, la ley le otorga una serie de formas y garantías para lograrlo.

No tiene por qué ser distinto el caso del cobro de un acreedor que a su vez sea deudor de la misma persona. Cobrará si así lo decide. Y lo que él a su vez adeuda a su deudor funge como garantía. Ejecutar esta garantía es compensar, pero se requiere que concurren los requisitos de reciprocidad, liquidez, exigibilidad y fungibilidad de las prestaciones, con la declaración de voluntad de quien la opone a la parte contraria.

En cualquier situación de pago, el momento en que éste se realiza es aquel en que surte sus efectos (extingue la obligación); de la misma forma, en nuestro sistema, desde el momento en que se opone la com-

pensación, ésta surte sus efectos. En otras palabras, quien compensa “paga” en ese momento y a su vez “le están pagando” en ese mismo instante.

La compensación voluntaria puede darse, así, por la declaración unilateral de la decisión de compensar, siempre y cuando concurren los requisitos de ley. Esta solución es aquella por la que ha optado nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1288 (“Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”). (El subrayado es nuestro). Vemos cómo la simple coexistencia no importa la extinción de ambos créditos. La misma fórmula fue adoptada por el Código Civil de 1936 en su artículo 1294 (“Por la compensación se considerarán extinguidas las obligaciones exigibles, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. No tendrá lugar la compensación cuando el acreedor y el deudor la excluyan de común acuerdo”). (El subrayado es nuestro), en tanto que el Código Civil de 1852, en su artículo 2253, mantenía la solución francesa de la compensación legal.

Es claro que nuestra legislación excluye la compensación legal, ya que exige que una de las partes la oponga y, además, no retrotrae sus efectos al momento de la coexistencia de ambas deudas, sino al instante en que una es opuesta a la otra. De este modo, por ejemplo, la diferencia entre los intereses que devenguen ambas obligaciones deberán ser reintegrados por el deudor obligado a pagar mayores intereses, hasta el día en que se opone la compensación y no hasta el día en que ambos créditos iniciaron su coexistencia. Luego de esta fecha, se seguirán devengando intereses, pero solamente respecto del saldo no compensado.

Sin embargo, en algunas legislaciones los efectos de la compensación unilateral se retrotraen a la fecha de la coexistencia de ambas deudas. Así, el Código Civil Alemán prescribe que la compensación requiere de la declaración correspondiente de la parte interesada, pero que una vez realizada dicha declaración, ésta tiene efecto retroactivo, y la compensación opera desde que ambas deudas empezaron a coexistir en condiciones de ser compensadas. El Código Suizo, por su parte, establece también la necesidad de una declaración de voluntad formativa para la compensación, en cuanto a sus efectos, al señalar que "... las dos deudas se reputan extinguidas a partir del momento en que ellas podían ser compensadas. Hay retroactividad, a la manera de una declaración de invalidez. Esto resulta en que la deuda compensada deja de existir el día que ella es compensable; ella ya no acarrea interés."<sup>(108)</sup>

Hemos visto cómo opera la compensación voluntaria cuando la declaración proviene de una de las partes. Aunque parezca evidente, no debemos dejar de mencionar que la compensación voluntaria también puede darse por medio del acuerdo de voluntad de ambas partes. En este caso, no será necesario que concurren los requisitos exigidos para la compensación unilateral, ya que la compensación bilateral supone autonomía de la voluntad tanto del acreedor como del deudor, la cual –a su vez– implica libertad de contratar y libertad contractual. Por medio de esta última es que ambas partes pueden decidir el contenido del acuerdo, pudiendo un acreedor dar por extinguida su deuda con respecto a la otra parte, que, a su vez, dará por extinguida una obligación cuyo objeto (prestación) era distinto del de su contraparte (es decir, carecía del requisito de fungibilidad), así como también se puede compensar

---

(108) ENGEL, Pierre. *Traité des Obligations en Droit Suisse*. Nechatel, Editions Ides et Calendes, 1973, Página 456.

una deuda no exigible (por no haber vencido aún el plazo o por ser una obligación natural) con otra que puede serlo o no.

Por ejemplo, podría darse el caso de que Pedro adeude a Juan la suma de cinco mil nuevos soles, proveniente esta deuda de una apuesta no autorizada. Por su parte, Juan está obligado a entregar a Pedro una vajilla de fina calidad (valorizada en cuatro mil nuevos soles), en virtud de un contrato de compraventa. En este caso, no podría darse la compensación unilateral, ya que no se cumplen los requisitos de fungibilidad y exigibilidad, pero siendo una compensación consensual (bilateral), se puede pactar en los términos que las partes deseen, con la única restricción de no atentar contra normas imperativas, de orden público ni contra las buenas costumbres. Así, como resultado de esta compensación voluntaria y bilateral, la obligación de Juan se extingue, en tanto que la de Pedro se reduce a mil nuevos soles.

Finalmente, la compensación voluntaria puede ser judicial o extrajudicial. La primera puede oponerse por el demandado en juicio, en vía de reconvencción, no siendo necesario, como hemos visto con anterioridad, que se haga con deuda líquida, puesto que puede liquidarse en el mismo juicio, por el juez. La compensación judicial resulta, pues, de una sentencia que la pronuncia.

- (b) *De acuerdo con los sujetos que intervienen en la compensación.*

Según este criterio, la compensación puede clasificarse en tres clases, a saber: si opera sin intervención humana, con la intervención de una sola de las partes, o con la intervención de ambas partes.

(b.1) *Compensación operada sin intervención humana.*

En este supuesto estamos hablando de la compensación legal, que opera por ministerio de la ley. Como vimos anteriormente, esta compensación resulta independiente de la voluntad de las partes, con prescindencia de su conocimiento, y aun cuando una de ellas se oponga. Se realiza, cuando dos sujetos son respectivamente acreedores y deudores y sus deudas mutuas son líquidas, exigibles y fungibles entre sí. En este caso, las deudas se compensan de pleno derecho el día de su coexistencia, extinguiéndose recíprocamente hasta el monto de la menor, por la sola fuerza de la ley.

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, esta clase de compensación no es acogida por el Derecho Peruano.

(b.2) *Compensación operada de modo unilateral.*

La compensación unilateral, adoptada por nuestro Código Civil de 1936 y mantenida por el vigente –en su artículo 1288–, se insume en la compensación voluntaria. Opera, como dijimos, cuando es opuesta por una de las partes. No hay una formalidad en particular para oponer la compensación, pudiendo hacerse en forma verbal, escrita o por cualquier otro medio permitido por la ley.

Esta compensación, como hemos expresado, requiere, para su procedencia, cumplir con las exigencias señaladas expresamente en la norma positiva, a saber, que ambas obligaciones sean recíprocas, líquidas, exigibles y que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí. Reuniendo estas condiciones, es plenamente eficaz y, por consiguiente, irrevocable.

Sus efectos se producen desde el día en que es

opuesta por una de las partes. En caso que la otra parte rehusare esta compensación, se puede recurrir a los Tribunales de Justicia para que la declare consumada. En este supuesto, no varía el momento en que se producen sus efectos, ya que luego de la resolución judicial, éstos se retrotraen al instante en que fue opuesta. Se trataría, simplemente, de una resolución declarativa.

(b.3) *Compensación operada de modo bilateral.*

Este tipo de compensación es también voluntaria. Opera, como su nombre lo indica, cuando concurren las voluntades de ambas partes, quienes convienen en compensar sus respectivas deudas. En otras palabras, debe haber un acuerdo compensatorio celebrado entre los deudores/acreedores recíprocos, mediante el cual convengan en que las dos deudas queden extinguidas.

Por tratarse de un contrato, entra en juego la voluntad de quienes lo celebran, de modo que no se requiere la concurrencia de las condiciones que la ley exige para la compensación unilateral<sup>(109)</sup>.

Al respecto, no entraremos en mayor detalle, remitiéndonos a lo expresado al tratar acerca de la compensación voluntaria ejercida por ambas partes.

(c) *De acuerdo a si opera fuera o dentro de un proceso judicial o arbitral.*

La compensación también puede clasificarse en función a si hay o no resistencia de alguna de las partes (o de ambas) para su ocurrencia.

---

(109) Citamos un ejemplo muy claro y simple propuesto por Gaudemet (GAUDEMET, Eugene. Op. cit., Página 450.): “Primus debe a Secundus 1,000 kilos de trigo; Secundus le debe a Primus 800 francos; las dos partes se liberan recíprocamente.”

(c.1) *Compensación extrajudicial.*

Cuando la compensación opera extrajudicialmente, es porque no se ha requerido de ningún proceso para su ejecución. Esto implica la ausencia de conflicto entre las partes respecto de la extinción de las deudas recíprocas.

La compensación extrajudicial opera en los siguientes supuestos:

(c.1.1) *Compensación legal.\**

En este caso, al operar la compensación en forma automática desde el instante en que coexisten las deudas recíprocas que se ajustan a los requisitos de ley, no se requiere de ningún proceso judicial, pues se entiende que las deudas ya no existen.

No obstante, en caso que una de las partes se negara a considerar extinguida su acreencia, insistiendo en mantenerla o cobrarla, la otra parte podría recurrir a un proceso judicial o arbitral (de haberse previsto este último) a efectos de que se declare la compensación. Aquí la resolución judicial no es constitutiva sino únicamente declarativa. El juez o, en su caso, el árbitro, declarará que la compensación operó en el momento en que ambos créditos coexistieron, retrotrayendo sus efectos a dicha fecha.

(c.1.2) *Compensación voluntaria unilateral.*

Como sabemos, en este caso a cualquiera de las partes le asiste el derecho de oponer la compensación, en el momento en que lo desee, a partir de la coexistencia de ambas deudas recíprocas, siempre y cuando concurren los requisi-

tos de ley. Desde que se opone debe operar, extinguiendo ambos créditos hasta el monto del menor de ellos. Se entiende, pues, que los créditos recíprocos ya no existen luego de la declaración unilateral.

Sin perjuicio de lo señalado, y en forma semejante al caso de la compensación legal, si la parte a quien se opuso la compensación rehusara aceptarla, cabría la interposición de una demanda judicial. La resolución judicial también tendría carácter declarativo y no constitutivo, razón por la cual los efectos de la compensación se retrotraen al momento en que fue opuesta por una de las partes.

#### *(c.1.3) Compensación voluntaria bilateral.*

Habiéndose originado por voluntad de ambas partes, la compensación voluntaria bilateral surte sus efectos desde el día acordado por ellas. Esta compensación es fundamentalmente extrajudicial, debido a que deviene en producto de la libre voluntad de los contratantes, quienes buscan simplificar sus correspondientes acreencias y deudas en una sola operación contable, evitando el recorrido inútil que implica efectuar los dos pagos por separado. Nada impediría, sin embargo, que tenga lugar dentro del marco de un proceso judicial, pero este supuesto sería más asimilable a una transacción judicial que a una compensación.

#### *(c.2) Compensación judicial.*

La compensación judicial es, como su nombre lo indica, la que resulta de una resolución de los Tribunales de Justicia, los mismos que la decretan al dictar sentencia en un proceso.

(c.2.1) *A instancia de parte.*

Este tipo de compensación es la que opone el deudor demandado en juicio para el cumplimiento de una prestación; así, en su contestación a la acción o en su demanda reconventional, alega un crédito que a su vez tiene respecto del demandante. En este supuesto, la liquidación se realizará en el juicio: el juez reconocerá el crédito alegado, lo evaluará, y –finalmente– lo extinguirá con la deuda de la demanda inicial hasta la concurrencia de la obligación de monto menor.

Parte de la doctrina se encuentra en desacuerdo con la compensación judicial, puesto que considera que carece de los caracteres de la compensación, no siendo en la realidad más que una reconención. Es de esta opinión Manuel Borja<sup>(110)</sup>, adhiriéndose al criterio de Colin y Capitant y Hémard.

Otro sector de la doctrina es de un parecer distinto, es decir, favorable a este tipo de compensación, exigiendo que sea opuesta “...mediante reconención o contrademanda, por cuanto podrían quedar comprometidas las garantías esenciales de la defensa en juicio, si no se diera a la otra parte la posibilidad de contestar la compensación alegada.”<sup>(111)</sup>.

En cuanto al momento en que produce sus efectos la compensación judicial, la doctrina se divide en tres corrientes: una, que considera que los créditos se extinguen desde el instante de su co-

---

(110) BORJA SORIANO, Manuel. Op. cit., Página 641.

(111) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 320.

existencia en condiciones de compensabilidad, por reunirse en ese momento todos los requisitos legales (por ejemplo, desde el instante en que el juez liquidó la deuda del deudor que interpuso la reconvencción). Otra corriente postula que sus efectos se inician a partir de la sentencia del juez. Por último, la tendencia más generalizada es reputar a las deudas extinguidas desde que la compensación fue invocada en el escrito de reconvencción, teniendo la sentencia posterior sólo carácter declarativo y no constitutivo.

En opinión nuestra, si el crédito por el que se reconviene cuenta con las características exigidas por la ley para que opere la compensación unilateral, entonces la compensación judicial tendrá un carácter meramente declarativo y sus efectos se retrotraerán al momento en que fue interpuesta la compensación vía reconvencción.

Por otra parte, si ambas deudas no reunían las condiciones requeridas por la ley, en el proceso no se podría efectuar (salvo que mediara acuerdo de ambas partes) compensación alguna, ni a solicitud de una de las partes ni —mucho menos— de oficio. Si hubiera tal acuerdo, podría llegarse a pensar en la existencia de una compensación judicial de carácter bilateral, aunque en realidad ella revestiría más similitudes con la transacción judicial.

Creemos que el único caso posible de compensación judicial a instancia de parte, cuando no estén presentes todos los requisitos, estaría constituido por aquel en el cual una o ambas deudas sean ilíquidas, ya que serían susceptibles de liquidarse en el referido proceso.

Finalmente, en el caso del litigio promovido por

quien no obstante haber opuesto la compensación unilateral, encuentra que la otra parte rehúsa admitir que aquélla ha operado e insiste en mantener vigente su crédito, la respectiva resolución judicial tendrá carácter exclusivamente declarativo y sus efectos se retrotraerán al día en que se opuso unilateralmente la compensación.

(c.2.2) *De oficio.*

Este supuesto ocurre cuando en un proceso judicial, el demandante reclama un crédito y a su vez el demandado reconviene pretendiendo otro crédito. La diferencia con el supuesto anterior es que en este caso el reconviniente no opone la compensación judicial, sino simplemente demanda la pretensión de un crédito que a su vez tiene con su acreedor/demandante.

Se trata del caso contemplado en el artículo 1326 del Código Civil, norma que establece que: “Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.”

Un ejemplo podría ser ilustrativo. Sería el caso de un fotógrafo profesional que celebra un contrato de arrendamiento por el plazo de un año respecto a un caballo Ponny, con la finalidad de tomar fotografías a su clientela infantil. El propietario del animal lo demanda judicialmente para el cobro de ciertas mensualidades, pero el fotógrafo reconviene reclamando el pago de una indemnización de daños y perjuicios, debido a que en muchas ocasiones el propietario del caballo no lo dejaba a su disposición, hecho que ocasionó considerables perjuicios al fotógrafo, fundamentalmente derivados de pérdida de clientela.

En esta hipótesis, si el juez admite la demanda y la reconvenición, podría compensar los montos de ambos créditos hasta su concurrencia.

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el tema está regulado por el artículo 1973 del Código Civil, norma que establece que: “Si la imprudencia sólo hubiera concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.”

Así, estaríamos en una hipótesis como la planteada si dos personas tuviesen –con sus respectivos automóviles– un accidente automovilístico entre ellas, en el cual las dos hubieran actuado negligentemente.

Una parte demanda a la otra el pago de la suma de 10,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios, en tanto que el demandado reconviene el pago de 8,000.00 nuevos soles por aquellos daños y perjuicios que el demandante le causó.

En este caso podría ocurrir que ambas partes hubieran actuado con culpa, vale decir, que ambas se deban una indemnización recíprocamente; pero, de ser así –y los montos demandado y reconvenido correspondieran a la realidad–, entonces, al haber concurrencia de culpas, el juez podría compensar ambas obligaciones y ordenar a aquel que causó daños y perjuicios por 10,000.00 nuevos soles que pague a la otra parte solamente 2,000.00 nuevos soles, al tiempo de declarar extinguida la deuda de quien causó daños y perjuicios por 8,000.00 nuevos soles.

Si bien ninguno de los litigantes solicita ni alega la compensación, el juez hace uso de su

poder jurisdiccional para decretarla, declarando previamente la existencia de dos obligaciones recíprocas.

(c.3) *Compensación arbitral.*

La compensación puede también operar dentro de un proceso arbitral. El arbitraje, como sabemos, es un procedimiento al que dos partes (demandante y demandado), voluntariamente y de común acuerdo, someten un asunto en conflicto a fin de evitar que se ventile ante el Poder Judicial, ya sea por haberlo previsto así en el contrato, o porque luego de surgido el problema deciden recurrir a una vía distinta de la judicial. El Tribunal Arbitral puede constar de un solo árbitro o de tres, según convengan las partes, y el laudo emitido por aquél tendrá carácter definitivo, salvo que por acuerdo de partes en el convenio arbitral, o de encontrarse previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral al que las partes hubieran sometido su controversia, procediera la apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral. Al quedar consentido o ejecutoriado dicho laudo arbitral equivaldría a una sentencia, siendo eficaz y de cumplimiento obligatorio desde que es notificado a las partes. Su ejecución se realiza al igual que una sentencia, pudiéndose llevar a cabo por los propios árbitros o por la institución organizadora o por el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud.

Puesto que la reconvencción procede dentro de un procedimiento arbitral y habiendo visto que dicho proceso reviste características similares al procedimiento judicial —en cuanto a su obligatoriedad y ejecución, que es lo que interesa al tema que venimos tratando—, podemos ver cómo la compensación puede operar dentro de un proceso de esa naturaleza.

(c.3.1) *A instancia de parte.*

En su escrito de reconvenición el demandado/deudor puede pretender la ejecución de una deuda a su favor que tiene con el demandante. Si, aduciendo esta acreencia, el reconviniente opusiese la compensación, el árbitro o los árbitros pueden, llegado el momento, fallar compensando ambas deudas hasta el monto de la menor, siempre y cuando las dos prestaciones tengan al menos características de reciprocidad y exigibilidad y que sus objetos sean fungibles entre sí. Al igual que en la compensación judicial a instancia de parte, el requisito de liquidez para que opere la compensación no es imprescindible, ya que el árbitro se encuentra facultado para liquidar las deudas que todavía no estuvieren liquidadas. Nos remitimos, pues, a lo expresado al analizar la compensación judicial a instancia de parte.

(c.3.2) *De oficio.*

Esta clase de compensación opera cuando el demandado, al reconvenir, no opone ni solicita la compensación, sino sólo pretende la ejecución de un crédito que le adeuda el demandante. Al igual que en la compensación judicial de oficio, no se requiere para su eficacia del elemento voluntario de la invocación por parte del demandado/reconviniente.

Bastaría, como dijimos, la pretensión de un crédito por las dos partes, y que ambas pretensiones se encuentren sustentadas dentro de un proceso –en este caso, arbitral– por demanda y reconvenición.

Como las controversias que pueden ser objeto

de proceso arbitral son de diversa índole (según el artículo 9 de la Ley N° 26572 –Ley General de Arbitraje–, éstas pueden surgir o haber surgido “... respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.”), el laudo arbitral puede incluir compensación de obligaciones contractuales, así como de montos de indemnizaciones provenientes de casos de responsabilidad extracontractual.

Al igual que en el supuesto anterior, nos remitimos a lo expresado en el análisis de la compensación judicial de oficio, por la identidad que existe en el tratamiento de ambas figuras.

(d) *De acuerdo con su magnitud.*

Finalmente, la compensación puede clasificarse tomando como base su magnitud, es decir, según el espectro que abarca en relación a las prestaciones a ser compensadas. Para ello, se divide en dos grandes clases: si al compensar ambas deudas ocurre la extinción completa de ellas, será total; en cambio, si sólo se extinguen parcialmente, se tratará de una compensación parcial<sup>(112)</sup>.

(d.1) *Total.*

La compensación total se presenta cuando la prestación debida por una de las partes se extingue por completo con la totalidad de la prestación adeudada por la otra. Ello implica la extinción de las obligaciones recíprocas que mantenían ambos sujetos.

---

(112) Para revisar opiniones de distintos sectores de la doctrina sobre el tema, nos remitimos a lo expresado al inicio del análisis de la compensación, así como al estudio de los efectos de la compensación, materia que trataremos más adelante.

Esta clase de compensación se puede dar, según lo hemos visto, en forma legal o unilateral (concurriendo los requisitos de reciprocidad, exigibilidad y liquidez de las obligaciones, y que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí), bilateral (por convenio de compensación, en cuyo caso no se requiere la existencia de las condiciones anteriores, salvo la de reciprocidad en las obligaciones), extrajudicialmente o dentro de un proceso judicial o arbitral.

(d.2) *Parcial.*

Se considera parcial a la compensación cuando, luego de operada, subsiste parte de la deuda de uno de los sujetos. En este caso, ambos créditos son de disímil magnitud: la compensación extingue las dos deudas hasta el monto en que deje de ocurrir la superposición de ellas, la que finalizará con la deuda de menor cuantía. Esta última quedará, pues, totalmente extinguida, y –por ende– su deudor liberado por completo.

El otro sujeto verá desaparecer su obligación en una parte idéntica a la de su crédito. El saldo restante quedará como deuda pendiente, cuyo cumplimiento deberá efectuar por otro modo de extinción de las obligaciones, o por otra compensación posterior.

Vemos cómo con la compensación de dos deudas de distinta magnitud se produce una división de la prestación mayor, cuya parte extinguida viene a ser una suerte de pago parcial.

Por ejemplo, si María adeuda 1,000.00 nuevos soles a Rosa, pero al mismo tiempo es su acreedora por 400.00 nuevos soles, es decir, ambas son acreedoras y deudoras una de la otra<sup>(113)</sup>, se pueden neutralizar di-

---

(113) Como sabemos, la compensación puede ser legal (legislación fran-

chos créditos hasta por la suma de 400.00 nuevos soles, operando la compensación parcial.

En el caso propuesto, luego de efectuada la compensación, María quedaría como deudora simple, adeudando a Rosa la suma de 600.00 nuevos soles.

Independientemente de quién la invoque o de cómo se efectúe la compensación, siendo los objetos de ambas prestaciones de distinto importe (si se tratara de bienes, podríamos hablar de volumen o de peso, o medirlos en metros cuadrados, cúbicos o en litros, etc.), el resultado de aquélla siempre culminará en la eliminación de la prestación de menor monto o cuantía, con la consecuente extinción de la doble condición deudor/acreedor de ambas partes. Subsistirá una sola deuda, un solo deudor y un solo acreedor, al menos respecto de obligaciones cuyos objetos sean fungibles entre sí<sup>(114)</sup>.

---

cesa y brasileña) u oponerse por cualquiera de ellos (mayor parte de las legislaciones, incluida la peruana), en caso ambas obligaciones cumplan, además de la reciprocidad, con los requisitos de exigibilidad, liquidez y fungibilidad de los objetos de sus prestaciones. Podría oponerse en vía judicial o arbitral (en vía de reconvencción), si contiene las mismas condiciones, con la única excepción de la liquidez, ya que el juez o el árbitro tienen la facultad de liquidar la obligación. También podrían ambas partes acordar la compensación por convenio, en cuyo caso no sería necesaria la concurrencia de dichos requisitos.

- (114) No obstante, podría ocurrir que a pesar de la compensación producida, ambas partes continúen en su doble condición recíproca de acreedor/deudor, pero ya en relación a otras obligaciones. Esto sucedería si las partes, además de las obligaciones compensadas, producto de cuyo resultado una de ellas ve extinguida su deuda, mantienen otra obligación cuya prestación –a cargo del deudor que extinguió la deuda mencionada– es **intuitu personae**.

Así, podría darse el caso que Alberto adeude a Ana la cantidad de 1,000.00 nuevos soles, y que además se encuentre obligado a diseñar la papelería personal de Ana. Por otra parte, Ana le debe a Alberto la suma de 1,800.00 nuevos soles. En virtud de la compensación parcial se extinguiría la deuda monetaria de Alberto, mien-

– ***Aspectos procesales de la compensación.***

Hemos señalado que, en nuestro ordenamiento jurídico, la compensación es voluntaria y, como tal, puede ser opuesta judicial o extrajudicialmente.

Cuando la compensación se invoca dentro de un proceso judicial, ésta se opone como defensa previa, pero siguiendo el trámite de una excepción.

De acuerdo con el artículo 455 del Código Procesal Civil, las defensas previas que regulen las normas materiales se proponen y tramitan como excepciones<sup>(115)</sup>.

En tal sentido, la parte que desee invocar la compensación debe proponerla conjunta y únicamente dentro del plazo previsto

---

tras que la de Ana se reduciría a 800.00 nuevos soles; la obligación de hacer de Alberto se mantendría y no sería compensable con el crédito de S/. 800.00 que tiene contra Ana.

De este modo, siguen siendo ambos acreedores y deudores uno del otro, pero respecto de obligaciones no compensables.

(115) Jorge Carrión Lugo (CARRION LUGO, Jorge. Análisis del Código Procesal Civil. Tomo I, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1994, Páginas 363 y 364.), define las defensas previas como los medios procesales a través de los cuales el demandado solicita la suspensión del proceso hasta que el actor realice la actividad que el Derecho sustantivo prevé como acto previo al planteamiento de la demanda.

Las defensas previas, según el Código Procesal Civil, son el beneficio de inventario, el beneficio de excusión de bienes y otras que regula el Derecho sustantivo.

Añade Carrión Lugo que cuando el juez declara fundada una defensa previa, debe ordenar la suspensión del proceso hasta que se cumpla el tiempo o el acto previsto como antecedente para el ejercicio del derecho de acción. Para tal efecto, el juzgador tiene que dictar la resolución correspondiente.

De otro lado, señala que las costas y los costos de las defensas previas son de cargo de la parte vencida en ellas, y que, evaluando la conducta del actor, el juez puede condenarlo al pago de una multa.

en cada procedimiento<sup>(116)</sup>, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

Asimismo, resultan de aplicación los artículos 448 y siguientes del Código Procesal Civil, relativos a los medios probatorios, tramitación y resolución de las excepciones.

Sobre el tema, Francesco Messineo<sup>(117)</sup> anota que la oposición de la excepción de compensación si tiene lugar en juicio, será negocio de Derecho procesal y será, más precisamente, una excepción reconvenzional, mientras que, si tiene lugar fuera del juicio, será negocio de Derecho sustancial.

Opinión similar adopta Castañeda<sup>(118)</sup>, cuando señala que la compensación puede ser opuesta por el demandado en juicio, en su contestación a la acción, y ser declarada por el juez. En tal caso, la compensación se identifica con la reconvección. La compensación judicial es más bien una reconvección que una especie particular de compensación.

#### – ***Efectos de la compensación.***

En lo relativo a los efectos de la compensación, resulta de interés efectuar las siguientes precisiones.

---

(116) En los procesos contenciosos: a los diez días contados desde la notificación de la demanda o de la reconvección, en el proceso de conocimiento (argumento del artículo 478, inciso 3, del Código Procesal Civil); a los cinco días contados desde la notificación de la demanda o de la reconvección, tratándose de un proceso abreviado (argumento del artículo 491, inciso 3, del Código Procesal Civil); al contestarse la demanda en los procesos sumarísimos (argumento del artículo 552 del Código Procesal Civil); a los cinco días de notificado el mandato ejecutivo, tratándose de un proceso ejecutivo (argumento del artículo 700 del Código Procesal Civil); y en el mismo plazo que el ejecutado tiene para pagar, tratándose de un proceso de ejecución de garantías (argumento del artículo 722 del Código Procesal Civil.).

(117) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Páginas 383 y siguientes.

(118) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 268.

(a) *En cuanto a la extinción de las obligaciones.*

Queda claro que por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles entre un mismo acreedor y deudor.

Reiteramos, empero, que dicha extinción puede ser total o parcial, según la cuantía de las prestaciones.

Como lo hemos expresado, cuando se compensan obligaciones de idéntica cuantía, es decir, de igual valor, dichas obligaciones se extinguen de manera total y definitiva. En tanto que, cuando el valor de las prestaciones es distinto –por existir una deuda de mayor cuantía–, la extinción de las obligaciones opera de manera total respecto de la deuda de menor valor, y parcialmente respecto de la de mayor valor, la misma que queda subsistente por la diferencia.

A decir de Cazeaux y Trigo Represas<sup>(119)</sup>, por la compensación ambas deudas quedan extinguidas, en su totalidad en caso de ser ambas iguales, y sólo hasta donde alcance el monto de la menor –de no serlo–. En este último supuesto, el acreedor por el importe mayor, en cierta forma se ve obligado a recibir un pago parcial, pero ello no lo perjudica, pues –como ha señalado Salvat– es exactamente lo mismo que si percibiera de su deudor el importe de su crédito y se lo volviera a entregar en pago de su deuda; le quedaría en su poder la diferencia, que es exactamente lo mismo que percibiría con el procedimiento de la compensación.

Rezzónico<sup>(120)</sup> ilustra lo anotado con el siguiente ejemplo. Si te debo 1,000.00 dólares y me debes 1,000.00 dólares, compensemos nuestras deudas para quedar a mano y nada debemos. En cambio, si te debo 1,500.00 dólares y me debes

---

(119) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 312.

(120) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Página 988.

1,000.00 dólares, compensemos nuestras deudas: toma 500.00 dólares y quedemos a mano.

(b) *En cuanto a las garantías de las obligaciones.*

En un supuesto de compensación total en el que ambas obligaciones se extinguen de manera definitiva y absoluta, es consecuencia natural que las garantías reales o personales constituidas para asegurar su pago también se extingan.

No obstante, tratándose de un caso de compensación parcial en el que la deuda originalmente mayor queda subsistente por el saldo no compensado, resulta claro que no habrá extinción, sino sólo reducción de garantías por acuerdo entre acreedor y deudor o, en su defecto, por mandato judicial.

En torno al tema, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(121)</sup> anotan que como efecto de la extinción de la obligación principal, se extinguen asimismo todos sus accesorios, como son fianzas, hipotecas, prendas, privilegios, cláusulas penales, etc.

Tratándose de compensación parcial, en principio, la extinción de los accesorios debe operarse en igual medida. Pero ello no ocurre con aquellos accesorios que ostentan el carácter de “indivisibles”, como son la hipoteca, prenda y privilegios, que garantizan la obligación total **in toto et tota in qualibet parte**, subsistiendo íntegramente hasta la cancelación total de la deuda; y también en el caso de la cláusula penal, si la prestación convenida como tal es de naturaleza indivisible, aunque no lo fuese la principal.

Jorge Cubides Camacho<sup>(122)</sup>, por su parte, señala que al ex-

---

(121) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 312.

(122) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 407.

tinguirse las obligaciones principales, como consecuencia obvia se extinguen los accesorios de cada uno de los créditos, como las prendas, hipotecas y fianzas, siempre y cuando los créditos compensados sean del mismo valor. Sin embargo, si las obligaciones principales se han extinguido parcialmente, quedando un remanente, las garantías subsisten, pero se reducen en proporción al monto del saldo.

Con igual parecer, Ospina –citado por Cubides Camacho<sup>(123)</sup> – expresa que, si dichos créditos son de distintos valores, se extinguen los accesorios del crédito menor, no así los del mayor, cuyo saldo no compensado continúa provisto de sus intereses, privilegios y garantías, aunque, claro está, con las reducciones a que hubiere lugar.

Ahora bien, el Código Civil Peruano reconoce la característica de la indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca en los artículos 1056 y 1102, respectivamente<sup>(124)</sup>.

Por tal virtud, la extinción parcial de la obligación mediante el pago o cualquier otro medio extintivo no determina la cancelación de la prenda o la hipoteca. Ello ocurre únicamente si el crédito del acreedor ha sido satisfecho totalmente.

Recuérdese que la indivisibilidad de la prenda o la hipoteca no depende de la divisibilidad o indivisibilidad del crédito que garantizan. Por ello, si el acreedor recibe un pago parcial, tales garantías subsisten en su totalidad y podrían ser ejecutadas como si el acreedor no hubiere recibido pago alguno.

---

(123) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 407.

(124) El texto de los preceptos anotados es el siguiente:

**Artículo 1056.**– “La prenda es indivisible y garantiza la obligación mientras no se cumpla íntegramente, aun cuando dicha obligación o el bien prendado sean divisibles. Cuando se han dado en prenda varios bienes no se puede desafectar ninguno sin pagar el total de la obligación, salvo pacto distinto.”

**Artículo 1102.**– “La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.”

Sin embargo, según anota Vásquez Ríos<sup>(125)</sup>, el Código Civil ha previsto la figura de la reducción de la prenda y la hipoteca para menguar los efectos de la indivisibilidad que a éstas asiste y facilitar al deudor el acceso a nuevas y futuras operaciones crediticias, puesto que, mediante la reducción voluntaria o judicial de las garantías otorgadas, los bienes de su propiedad se liberarán de cargas económicas.

En lo referente a la reducción voluntaria o judicial de las garantías, resultan de aplicación los artículos 1083, 1115 y 1116 del Código Civil<sup>(126)</sup>.

En lo relativo al supuesto en el que alguno de los créditos compensables se haya garantizado mediante una fianza, remitimos al lector a los comentarios efectuados con ocasión del análisis del artículo 1291 del Código Civil.

(c) *En cuanto al pago de intereses.*

Luego de producido un supuesto de compensación parcial, y siempre que el saldo no compensado sea una deuda dineraria o no pecuniaria, podrían devengarse intereses.

Nos explicamos.

---

(125) VASQUEZ RIOS, Alberto. Los Derechos Reales de Garantía. Lima, Editorial San Marcos, 1995, Páginas 42 y 43.

(126) Los textos de dichos preceptos son los siguientes:

**Artículo 1083.**- "Es aplicable a la prenda lo dispuesto en los artículos 1115 y 1116."

**Artículo 1115.**- "El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.

La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro."

**Artículo 1116.**- "El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente."

Si entre la fecha en que ha operado la compensación y el día del pago (de la parte no compensada de la deuda) media un lapso durante el cual los contratantes han convenido el devengamiento de intereses compensatorios, éstos empezarán a generarse desde el momento en que se ha producido la compensación<sup>(127)</sup>.

En ausencia de pacto, mal podría el acreedor pretender el pago de intereses compensatorios.

Recuérdese que, por regla general, los intereses compensatorios se devengan en virtud del acuerdo de partes, a excepción del contrato de mutuo, en cuyo caso –por mandato de la ley– el mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto<sup>(128)</sup>.

Opinión similar tienen Cazeaux y Trigo Represas<sup>(129)</sup>, cuando señalan que, si la compensación fuese sólo parcial, el saldo **insoluto** continuará devengando intereses al tipo convenido desde el día de la compensación en adelante.

Pero, cabe preguntarse qué ocurriría si producida la compensación ya venían devengándose tales intereses, esto es, si el deudor continúa obligado al pago de los mismos, o si tales intereses se extinguen por compensación.

En opinión de Jorge Cubides<sup>(130)</sup>, los intereses de los crédi-

---

(127) Según lo hemos señalado, en nuestro ordenamiento jurídico la eficacia de la compensación se verifica desde la fecha en que una parte opone a la otra la compensación y no con efectos retroactivos desde la coexistencia de ambos créditos.

(128) Al respecto, pueden consultarse los comentarios anotados por nosotros con ocasión del análisis del artículo 1242 del Código Civil (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Segunda Parte, Tomo V, Páginas 306 y siguientes.).

(129) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 313.

(130) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 407.

tos extinguidos por la compensación dejan de correr, aunque estos créditos produzcan intereses desiguales, o aunque sólo uno de ellos los produzca.

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(131)</sup> señalan que, si las deudas compensadas producían intereses, los mismos dejan de correr desde que empezaron a coexistir en condiciones de compensabilidad.

Por nuestra parte, discrepamos con los autores citados.

A nuestro modo de ver, el deudor continúa obligado al pago de la deuda de intereses, aun cuando la obligación principal –la cual los generó– se haya extinguido por compensación<sup>(132)</sup>.

Sin embargo, a partir de la fecha en que ha operado la compensación, los intereses compensatorios continuarán devengándose ya no sobre el total de la obligación principal, sino sobre la parte no compensada de la misma, hasta el día del pago efectivo de esta última.

En lo relativo a los intereses moratorios, precisa anotarse que éstos se devengarán por mandato de la ley o en virtud del acuerdo de las partes, sólo si en la fecha prevista para el cumplimiento de la parte de la deuda no compensada, el deudor que ha retrasado el pago ha sido constituido en mora o ha incurrido en alguna de las causales de mora sin interpelación (artículos 1333 y siguientes del Código Civil).

---

(131) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 313.

(132) Sobre el tema, conviene recordar que la deuda de intereses requiere de la existencia previa de una obligación principal, pero sólo para su nacimiento. A partir de entonces, vale decir, una vez que la deuda de intereses se ha generado, adquiere autonomía. En tal medida subsiste o sobrevive, sin duda, a la extinción de la obligación principal.

Así lo hemos expuesto al tratar las cuestiones preliminares de la obligación de dar intereses (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Segunda Parte, Tomo V, Páginas 286 y siguientes.).

– ***La compensación en la obligación con pluralidad de objeto.***

Como recordará el lector, cuando hablamos de las obligaciones con pluralidad de objeto estamos haciendo referencia a las obligaciones que tienen más de una prestación, vale decir, a las obligaciones conjuntivas, alternativas y facultativas.

Por tanto, corresponderá analizar el tema propuesto estudiando de manera independiente cada una de estas obligaciones.

(a) *La compensación en las obligaciones conjuntivas.*

La obligación conjuntiva (tema no regulado en el Código Civil Peruano) es aquella en la cual existen dos o más prestaciones, todas las cuales deben ser cumplidas en su integridad.

En tal sentido, una obligación conjuntiva podría estar compuesta por prestaciones de la misma naturaleza o por prestaciones de distinta naturaleza.

Asimismo, podríamos encontrarnos en la eventualidad de que el acreedor de la obligación conjuntiva sea a su vez deudor de su contraparte de esa obligación, respecto a otra obligación.

En este caso, al presentarse el elemento de la reciprocidad, podría existir un eventual supuesto de compensación.

Así las cosas, cabría formular la pregunta de qué es lo que se puede compensar. Ello dependerá (si nos encontramos ante una compensación unilateral) de que la obligación de objeto singular cumpla con todos los requisitos exigidos por la ley respecto de la obligación conjuntiva (vale decir, respecto a la obligación de objeto plural), especialmente el requisito de la fungibilidad de los objetos de las respectivas prestaciones.

En este sentido, sería posible encontrarnos ante el caso en el cual la obligación de objeto singular fuera compensable total o parcialmente con sólo una de las prestaciones de la obligación de objeto plural, en caso que únicamente una de ellas sea de objeto fungible y homogéneo con la de objeto singular.

Pero también cabría imaginar el supuesto en el cual la obligación de objeto singular fuese susceptible de compensarse unilateralmente respecto a más de una prestación de la obligación conjuntiva o –de ser el caso– en relación con la integridad de dichas prestaciones, siempre y cuando algunas o todas ellas presenten el requisito de homogeneidad a que hemos hecho referencia, caso en el cual también podremos encontrarnos ante una compensación total o parcial.

También sería susceptible de presentarse en la práctica el caso de una compensación que opere respecto de dos obligaciones conjuntivas entre sí, ya sea respecto de una, algunas o todas sus prestaciones, y que ella sea total o parcial, siguiéndose con tal finalidad las mismas pautas y consideraciones aducidas anteriormente.

(b) *La compensación en las obligaciones alternativas.*

Como se recuerda, la obligación alternativa es aquella en la cual existen dos o más prestaciones, de las cuales –en principio el deudor, pero por pacto el acreedor o un tercero– se debe escoger una para que el deudor cumpla con ella.

En tal sentido, la obligación alternativa puede tener innumerables prestaciones al tiempo de su nacimiento, pero se convierte, antes de su cumplimiento, esto es, al tiempo de elección de la prestación, en una obligación de objeto singular.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que, si se trata de una compensación de carácter unilateral, ella sólo podría oponerse en la eventualidad de que ya se hubiera producido la elección de la prestación con la que se tendría que cumplir.

Si dicha elección no se produce y ella correspondía al deudor, será de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 1144 del Código Civil (por remisión del artículo 1162, tercer párrafo, del propio Código), norma que prescribe que, si el deudor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o fijado por el juez, ella corresponde al acreedor. En tal caso, si el acreedor de esa obligación desea compensarla con una propia, tomaría el turno perdido por el deudor para efectuar la elección de la prestación que más le convenga, la misma que, obviamente, deberá reunir los requisitos de la compensación unilateral, a sola invocación de parte.

Si la elección se hubiese confiado a un tercero y éste no la efectúa, la hará el juez, sin perjuicio del derecho de las partes de exigir a aquél el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento (argumento del tercer párrafo del artículo 1144, por remisión del tercer párrafo del artículo 1162 del Código Civil).

Será evidente que, en este caso, quien desee compensar de manera unilateral deberá estar sujeto a las resultas de dicha elección, la misma que, al ser efectuada por un tercero o por el juez, escapará a su ámbito o esfera de control, lo que equivale a decir que se tendrá que sujetar a lo decidido por dicho tercero o, en su caso, por el juez (decisión que en las obligaciones alternativas no es siquiera impugnabile). Esto traerá como corolario que la prestación elegida por el tercero o por el juez pueda ser una respecto de la cual no proceda la compensación unilateral, por no reunirse los requisitos previstos por la ley.

En el caso de las obligaciones alternativas en que las partes han acordado que el acreedor sea quien efectúe la elección, y dicho acreedor la efectúe, será obvio que, si él desea compensar unilateralmente, escogerá aquella prestación que más convenga a sus intereses. De lo contrario, vale decir, si no efectúa la elección dentro del plazo previsto en el título constitutivo de la obligación, será de aplicación lo dispuesto por el citado segundo párrafo del ar-

título 1144 del Código Civil, precepto que prevé que, si el acreedor omite efectuar la elección dentro del plazo establecido o el fijado por el juez, ella corresponde al deudor (numeral aplicable según la norma de remisión del artículo 1162, tercer párrafo, de dicho Código), lo que podría ser inconveniente para el acreedor, pues el deudor estaría en aptitud de elegir una prestación no susceptible de ser compensada de manera unilateral.

Resulta claro, por lo demás, que, en el caso materia de análisis, podríamos encontrarnos ante un supuesto de compensación unilateral de una obligación alternativa, respecto a una obligación que revista el mismo carácter (vale decir, que también sea alternativa y no se trate de una obligación de objeto singular o simple).

(c) *La compensación en las obligaciones facultativas.*

En el supuesto de las obligaciones facultativas, como se recordará, nos encontramos también ante una obligación de objeto plural, compuesta por una prestación de carácter principal y por otra de carácter accesorio.

Así las cosas, si el deudor de una obligación facultativa desearse compensarla unilateralmente con una simple, podría hacerlo en tanto se den los requisitos exigidos por la ley para ese efecto, ya sea invocando para tal compensación la prestación accesorio (dado que él es el único que puede ejercer la opción entre cumplir con la prestación principal o ejecutar la accesorio, teniendo en cuenta que en las obligaciones facultativas este derecho no puede ser ejercido por el acreedor ni por un tercero) o la prestación principal.

Por su parte, si fuese el acreedor de una obligación facultativa quien quisiera oponer la compensación, sólo podría hacerlo respecto a la prestación principal –nunca respecto a la accesorio– y siempre y cuando concurrieran los requisitos previstos por la ley.

También es necesario señalar que resultaría factible compensar de manera unilateral una prestación facultativa respecto a otra prestación de la misma naturaleza, con las limitaciones que hemos señalado.

Antes de finalizar estos tres primeros puntos –(a), (b) y (c)–, consideramos necesario precisar que en ellos la compensación bilateral o por acuerdo de partes siempre será factible, más allá de faltar algunos de los requisitos establecidos por la ley para la compensación unilateral.

- (d) *La compensación entre obligaciones con pluralidad de objeto, que tengan carácter diferente.*

Estamos planteando el supuesto de si resultaría factible compensar obligaciones conjuntivas respecto a obligaciones alternativas o facultativas; o compensar obligaciones alternativas respecto a obligaciones conjuntivas o facultativas; o, finalmente, compensar obligaciones facultativas respecto a obligaciones conjuntivas o alternativas.

La respuesta a estos temas es obviamente afirmativa, habida cuenta de que cabría la posibilidad de oponer la compensación unilateral, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos por la ley para que ella opere.

Asimismo, y con mayor razón, resultaría posible efectuar una compensación bilateral o convencional en relación con estas obligaciones, pues nada se opone a ello, ni en la teoría ni en la práctica.

- ***La compensación en la obligación con pluralidad de sujeto.***

Nos estamos refiriendo, naturalmente, a las obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias.

(a) *La compensación en las obligaciones divisibles.*

Las obligaciones divisibles se rigen por los artículos 1172, 1173 y 1174.

Por la primera de las normas mencionadas se establece el principio básico de funcionamiento de una obligación de carácter divisible, al señalar que “Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda.”

En tal sentido, si queremos hablar de la compensación en sede de obligaciones divisibles, tendremos que hacerlo, necesariamente, respecto a la que pueda operar entre uno de los codeudores y el acreedor común o alguno de los coacreedores y el deudor común de esa obligación divisible, que a su vez sea deudor de otra prestación respecto al codeudor del que estamos hablando.

Dentro de tal orden de ideas, la compensación podría operar tanto de manera unilateral como bilateral (en caso faltase alguno de los requisitos exigidos por la ley para que opere la compensación unilateral).

(b) *La compensación en las obligaciones mancomunadas.*

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 1182 del Código Civil, las obligaciones mancomunadas se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles. En tal sentido, les resultan aplicables los artículos 1172, 1173 y 1174.

Así, dado el tratamiento de remisión que tienen las obligaciones mancomunadas, les son aplicables plenamente nuestros comentarios sobre las obligaciones divisibles.

(c) *La compensación en las obligaciones solidarias.*

En la solidaridad pasiva, habiendo más de un deudor obligado solidariamente frente a un acreedor común, podría darse el caso que uno de los codeudores detente a su vez un crédito contra el acreedor común; en otras palabras, que uno de los codeudores sea acreedor de su acreedor. En este supuesto, el tema de la compensación reviste especial interés, a tal punto que la doctrina hasta la actualidad no se ha puesto de acuerdo sobre los alcances de la solidaridad, es decir, si un deudor solidario tendría derecho a oponer la compensación nacida del crédito de otro codeudor solidario. El debate se centra en la determinación del carácter “personal” de la excepción de compensación<sup>(133)</sup>.

Según el modelo francés (artículo 1294 del **Code**), un deudor solidario no puede oponer en compensación lo que el acreedor deba a sus codeudores. Este precepto ha sido acogido por diversas legislaciones, entre las cuales se encuentra la peruana. La corriente contraria, que se inclina más hacia la naturaleza jurídica de la solidaridad que hacia la de la compensación, indica que la calidad de deudor existe en cada uno de los obligados, por lo que no ve impedimento alguno en que se produzca la compensación con el crédito que uno cualquiera de los codeudores –sin interesar si fue o no el demandado en pago– tuviese contra el acreedor.

De acuerdo con esta posición doctrinaria, el Derecho Argentino faculta al deudor solidario a invocar la compensación del crédito propio, así como también el de otro de los codeudores solidarios (artículo 830 del Código Civil Argentino).

---

(133) Para un recuento histórico acerca del origen de estas corrientes de discusión, nos remitimos a lo expresado al analizar las obligaciones indivisibles y solidarias –artículo 1188 del Código Civil de 1984– (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 277 a 281.).

Esta norma ha sido objeto, como dijimos, de un largo debate y sometida a críticas, ya que, a decir de Boffi Boggero<sup>(134)</sup>, la solución es coherente con la naturaleza jurídica de la solidaridad, "... aunque no desconocemos –al margen de expresiones como el ‘pagar con el bolsillo de otros’, etc.–, que hay graves motivos para dar solución distinta desde el punto de vista de la política jurídica.”

Admite dicho autor el problema suscitado por tal decisión legal, pero se inclina a favor de ella, considerando que es preferible no romper con el concepto de solidaridad, ya que de adoptarse, afirma, "... cualquiera de las posiciones ajenas a la del Código Civil –eso sí– se habría establecido una nueva excepción a la unidad de vínculo y, por tanto (...), ‘el haz activo o pasivo’ habría traspuesto ‘el límite que va de las relaciones internas, donde vive la multiplicidad de créditos o deudas, a las externas’.”

Cazeaux y Trigo Represas<sup>(135)</sup> manifiestan su adhesión a tal criterio, señalando que es una resultante lógica de la estructura de las obligaciones solidarias, las cuales, al crear una vinculación tan estrecha entre los coobligados, los unifican, formando la ficción de un solo sujeto pasivo.

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942 adoptó una posición intermedia, consistente en permitir al codeudor solidario alegar la compensación del crédito de su coobligado pero sólo hasta por la parte adeudada por éste.

Nuestro sistema ha preferido optar por una solución que, sin desvirtuar la naturaleza de la solidaridad, tampoco vulnera el carácter personal y de reciprocidad de las obligaciones entre

---

(134) BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Tomo IV, 1986, Página 399.

(135) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix. Op. cit., Tomo II, Página 314.

acreedor y deudor, necesarios para la compensación. Por ello, establece que la compensación es posible tanto en la solidaridad activa como en la pasiva. Un deudor solidario puede oponer al demandante su propio crédito y así compensar, pudiendo luego repetir contra los demás codeudores<sup>(136)</sup>.

Sin embargo, nuestro ordenamiento legal no autoriza a un codeudor cualquiera a oponer la compensación de un crédito que otro codeudor detente contra el acreedor común. Si un acreedor se dirige contra uno de los codeudores solidarios, éste está obligado a cumplir con el íntegro de la obligación y luego podrá repetir contra sus codeudores; la forma como cumpla con el objeto de la prestación es irrelevante para los demás. Es, por expresarlo en lenguaje coloquial, asunto de su exclusiva incumbencia.

No se puede obligar a este codeudor a cobrar el crédito que tiene con su acreedor, vía compensación, ya que podría tener razones de diversa índole para preferir mantener su acreencia.

Nuestro Código no admite la compensación legal por el mismo motivo, a saber, la libertad de gestión.

---

(136) El artículo 1188 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

“La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:

1. En la novación, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación primitiva o por la proporción que les habría correspondido en la nueva obligación.
2. En la compensación, los codeudores responden por su parte.
3. En la condonación, se extingue la obligación de los codeudores.
4. En la transacción, los codeudores responden a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.” (El subrayado es nuestro).

Por último, un codeudor no debe poder aprovecharse del crédito de otro.

Ahora bien, caso distinto sería si, luego de conminar el acreedor a un codeudor solidario para el pago, dicho codeudor alegara –maliciosamente– insolvencia, con el fin de que su acreedor persiga el cobro de la obligación de otro de los codeudores. Si este codeudor malicioso fuera acreedor del acreedor común y sus respectivas obligaciones tuviesen la condición de recíprocas, exigibles, liquidas y de prestaciones de objetos fungibles entre sí, entonces creemos que sí debería proceder la imposición de la compensación de su crédito por parte de cualquier otro de los codeudores, ya que su declaración de insolvencia sería dolosa, teniendo los demás codeudores derecho a protegerse contra una posible defraudación.

En cuanto a la solidaridad activa, la solución que nuestro Código Civil vigente (artículo 1190) ha adoptado es que, luego de realizada la compensación entre uno de los acreedores solidarios y el deudor común, la obligación se extingue respecto de los demás coacreedores. El acreedor que compensó luego responderá ante los demás acreedores de la parte que les corresponda en la obligación original. Así, si un deudor se hubiese obligado a entregar a dos coacreedores solidarios la suma de 10,000.00 nuevos soles, y este deudor compensase con uno de ellos la totalidad de la obligación, ese acreedor –que compensó– deberá restituir 5,000.00 nuevos soles al otro acreedor (suponiendo que la acreencia estuvo pactada en iguales proporciones).

(d) *La compensación en las obligaciones indivisibles.*

En el caso de las obligaciones indivisibles, la compensación opera en forma similar a las obligaciones solidarias, ya que el codeudor que compensa con su acreencia puede repetir contra los demás codeudores. Al igual que en la solidaridad pasiva, sólo el deudor titular de un crédito compensable con

el acreedor puede oponer la compensación y no los demás codeudores. Realizada la compensación, se extingue la obligación indivisible.

Sin embargo, en las obligaciones indivisibles con pluralidad de acreedores (indivisibilidad activa), la compensación entre el deudor y uno de los coacreedores no extingue la obligación respecto del resto de coacreedores, sino únicamente reduce su cuantía<sup>(137)</sup>.

De esta forma, el deudor que compensó la obligación deberá igualmente ejecutar la prestación original con los demás coacreedores, pero exigiéndoles el reembolso de la parte del acreedor con quien realizó la compensación o, en todo caso, la garantía de dicho reembolso. De otra forma estaría cumpliendo con exceso la prestación a la que se obligó originalmente<sup>(138)</sup>.

Supongamos que José se obliga a entregar un perfume francés a Ana y a Rosa. A su vez, Ana contrae una obligación con José, consistente en entregarle un bien idéntico. Ya sea por acuerdo de partes o por haber sido invocada unilateralmente, opera la compensación entre ambas obligaciones, es decir, entre las deudas recíprocas de José y Ana. Sin perjuicio de tal compensación, por tratarse de una prestación indivisible subsiste la obligación de José respecto a Rosa: ésta última puede exigirle la entrega del perfume. Según la norma

---

(137) En este sentido, el artículo 1179 de nuestro Código Civil establece lo siguiente:

“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.” (El subrayado es nuestro).

(138) Nos remitimos a lo expuesto al tratar el tema de la extinción total de las obligaciones para los acreedores (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 153 a 165.).

citada, José debe cumplir con su obligación principal, pero puede exigirle a Rosa el reembolso del valor de la porción del perfume correspondiente a Ana.

Antes de finalizar el estudio de la compensación en las obligaciones divisibles, mancomunadas, indivisibles y solidarias, debemos necesariamente hacer referencia a las diversas combinaciones susceptibles de producirse en cuanto a las obligaciones con pluralidad de sujeto.

Como se recuerda, toda obligación de sujeto plural obligatoriamente será divisible y mancomunada, divisible y solidaria, indivisible y mancomunada o indivisible y solidaria.

De acuerdo con el régimen legal peruano, si la obligación fuese divisible y mancomunada, serían aplicables las normas de las obligaciones divisibles, lo que equivale a decir que aplicaríamos los conceptos vertidos cuando analizamos la compensación respecto a las obligaciones divisibles.

Si la obligación fuera divisible y solidaria, resultarían aplicables las normas de la solidaridad, razón por la cual hacemos extensivas a este supuesto nuestras consideraciones sobre la compensación en las obligaciones solidarias. Con similar criterio, en el caso de las obligaciones indivisibles y mancomunadas, se aplicarían las reglas de la indivisibilidad que hemos estudiado.

Finalmente, si la obligación fuese indivisible y solidaria, resultaría aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1188 del Código Civil, norma propia de las obligaciones solidarias, pero que también resulta pertinente cuando estamos en presencia de una obligación indivisible y solidaria, en virtud de lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 1181 del Código Civil, extremo que no ha merecido observación de nuestra parte cuando analizamos el texto de esta norma<sup>(139)</sup>.

---

(139) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 193 a 198.

– ***Diferencias con otras figuras jurídicas.***

(a) *Con el derecho de retención.*

Se ha dicho que la extinción de las obligaciones opera, para el caso de la compensación, mediante un balance de deudas que se realiza reteniendo cada deudor lo que debe, en tanto coincide con lo que a su vez le adeuda su acreedor, y pagándose a sí mismo con lo que debe a la parte contraria.

Rezzónico<sup>(140)</sup> refiere que ya en Roma se afirmaba que era mejor retener que demandar o pedir la devolución (**mellius est non solvere quam solutum repetere**).

A decir de Machado, citado por Cazeaux y Trigo Represas<sup>(141)</sup>, la necesidad de la compensación se funda en que está en nuestro interés retener lo que nos es debido, antes que intentar una acción para hacernos devolver lo que hemos pagado.

Llambías<sup>(142)</sup>, por su parte, precisa que, en la compensación, cada acreedor recibe el pago parcial o total de su crédito mediante la retención de lo que cada uno debe, sin necesidad de efectuar desplazamiento de bien alguno.

Por ello, no son pocos los autores que equiparan la compensación con el derecho de retención.

Al respecto, Saleilles, citado por Huc<sup>(143)</sup>, anota que los teóricos alemanes gustan de comparar el derecho de retención con la compensación, pues en ambos casos hay deuda recíproca y uno de los deudores pide se le autorice a rechazar

---

(140) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Página 987.

(141) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 293.

(142) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 190.

(143) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Página 236.

el pago que adeuda. En el caso del derecho de retención, el deudor rechaza el pago para forzar a su acreedor a pagarle lo que éste le debe y, por lo tanto, es un medio de coacción para obtener un pago. En el caso de la compensación, se trata de dos deudas fungibles entre sí, líquidas y exigibles, y entonces el deudor se paga sobre lo que él mismo se debe o, en otros términos, no pagando lo que debe. El derecho de retención es un tipo de posesión temporal producida en sí misma, pero que sólo dura hasta la entrega. La compensación es una verdadera posesión que produce la liberación recíproca.

Por otro lado, al igual que la compensación, el derecho de retención se invoca unilateralmente, vale decir, no necesita pactarse de antemano<sup>(144)</sup>.

Según hemos anotado, por la compensación el acreedor se paga con lo mismo que él debe, reteniendo la suma de que es deudor.

Desde este punto de vista, la compensación podría constituir una forma particular de retención, pero a título definitivo.

Sin embargo, la compensación y el derecho de retención son dos instituciones con naturaleza y fines diversos<sup>(145)</sup>.

---

(144) Sobre el particular, Guillermo Lohmann (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Temas de Derecho Civil*. Universidad de Lima, 1991, Página 169.) afirma que la tipicidad de las garantías reales requiere un acto de voluntad positivo y conforme del deudor (o de un tercero garante) para afectar el bien que le pertenece a favor del acreedor.

En la retención no hay tal acto de voluntad: el poseedor del bien lo retiene –lo sujeta– sin la necesaria anuencia del deudor del crédito e incluso contra su voluntad.

(145) Jorge Eugenio Castañeda (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Op. cit.*, Tomo III, Páginas 269 y 270.) refiere que el deudor que al mismo tiempo es acreedor de su acreedor, tiene prerrogativas sobre el activo del acreedor que se encuentra en sus manos. Esto acerca la compensación con otros institutos en que el acreedor es deudor de su deudor, como ocurre en el derecho de retención en que existen deudas conexas.

El derecho de retención es la potestad que la ley civil reconoce al deudor –poseedor de un bien ajeno y acreedor de su propietario– de continuar en la posesión de dicho bien, de manera temporal, hasta que su propietario satisfaga o garantice el crédito que adeuda a aquél.

La compensación, por su parte, es un medio extintivo de obligaciones.

El derecho de retención procede cuando el acreedor del bien, a su vez deudor de un crédito ante el poseedor, no cumple la prestación debida ni garantiza dicho cumplimiento<sup>(146)</sup>.

La compensación, en cambio, procede cuando cada contratante es simultáneamente acreedor y deudor uno del otro respecto de obligaciones líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles.

Por otra parte, el derecho de retención se ejercita siempre que exista conexión entre el crédito y el bien que se retiene (argumento del artículo 1123 del Código Civil). Para el caso de la compensación, los créditos pueden provenir de distinta fuente, vale decir, las obligaciones compensables entre sí no requieren de conexión alguna.

Al respecto, Valencia Zea<sup>(147)</sup> precisa que, para alegar la compensación, no se exige que los créditos tengan una misma fuente, es decir, que sean conexos; diferenciándose en

---

La compensación, no obstante, es más enérgica que el derecho de retención, pues éste último sólo constituye garantía, seguridad. Además, la compensación no requiere que exista conexión entre las obligaciones que se compensan, como ocurre en el derecho de retención.

(146) Así lo establece el artículo 1123 del Código Civil: “Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.”

(147) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 444 y 445.

esto la compensación del derecho real de retención, en el cual se exige que la deuda por la cual nace ese derecho, sea conexas con la retenida y que está obligado el deudor a devolver. Así, por ejemplo, el usufructuario puede retener la cosa fructuaria, en razón de expensas o mejoras hechas en la misma cosa, de las cuales debe indemnizarlo el nudo propietario, pero no puede ejercer el derecho de retención en razón de un crédito diferente; la compensación, en cambio, tiene un campo de aplicación más amplio.

(b) *Con el pago propiamente dicho.*

Otra de las figuras con las que la doctrina suele equiparar a la compensación es con el pago.

Según Salvat<sup>(148)</sup>, algunos autores atribuyen a la compensación el valor de un pago simplificado y, por tanto, la equiparan a éste. Pero existen quienes afirman que en la compensación no hay cumplimiento y, por ello, la compensación es la antítesis del pago, pues con él sólo guardan equivalencia en cuanto a la liberación del deudor y a sus efectos.

En este sentido, Levenhagen<sup>(149)</sup> señala que la compensación no es nada más que una forma de pago, pues extingue las obligaciones. Sin embargo, precisa, difiere del pago propiamente dicho porque la extinción de la obligación ocurre obligatoriamente por fuerza de la ley, no habiendo necesidad de que el deudor entregue al acreedor la suma debida.

Con un parecer distinto, Barassi<sup>(150)</sup> anota que la compensación no puede equipararse al pago para justificar su efecto extintivo. La compensación sustituye a la prestación y no es,

---

(148) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 87.

(149) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 154.

(150) BARASSI, Lodovico. Op. cit., Tomo II, Página 204.

por tanto, una forma de pago; además, tiene la ventaja de ahorrar el transporte de la cosa debida, lo cual explica que a veces se considere más útil esta forma de liberación.

Por su parte, Cazeaux y Trigo Represas<sup>(151)</sup> refieren que tradicionalmente la compensación ha sido considerada y caracterizada como un doble pago recíproco y ficticio, abreviado o simplificado, con lo cual se le equiparaba al pago, dentro de los medios extintivos de las obligaciones.

No obstante, la tendencia más moderna sostiene que la compensación es la antítesis del pago, pues si su consecuencia es la de suprimir el cumplimiento efectivo de las prestaciones, no puede haber pago real, ni ficticio.

En efecto, por el pago el deudor cumple íntegramente la prestación debida —y no otra—. Por la compensación se tiene por cumplida la prestación originalmente pactada, a cambio de la extinción del crédito que asiste al deudor contra su acreedor. Luego, a nuestro modo de ver, parece desacertada la tesis que pretende explicar la naturaleza de la compensación mediante el pago.

De similar opinión es Salvat<sup>(152)</sup>, cuando señala que, si se suprime el cumplimiento recíproco de las dos prestaciones, no puede haber pago real ni ficticio.

En nuestra opinión, la compensación es una figura con personalidad propia, cuyos efectos se vinculan al pago sin serlo en estricto. Más aun, como señaláramos líneas arriba, podría verse como la antítesis del pago, ya que precisamente suprime el cumplimiento efectivo de las prestaciones recíprocas. Sin embargo, desde el punto de vista de la simplificación de dos movimientos de numerario mediante una sola

---

(151) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 293 y 294.

(152) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo III, Página 87.

operación, podría considerarse un pago ficticio. Al mismo tiempo, al ser un medio extintivo de las obligaciones que no importa una liberalidad, sino, por el contrario, una suerte de ejecución de garantía por lo mismo a su vez adeudado (recordemos las características de fungibilidad y homogeneidad exigidas por la norma), podemos relacionarla con el pago en cuanto a sus efectos y a la satisfacción del lado acreedor de cada una de las partes.

– ***Supuestos de renuncia a la compensación.***

Sabemos que la compensación opera sobre la base del ejercicio voluntario –de una o de ambas partes– del derecho a extinguir o reducir su deuda con su acreencia recíproca, en una operación tipo “doble pago ficto” cuyas características son más contables que de ejecución en sí. Por ende, uno de los aspectos más importantes de esta figura radica –insistimos– en el arbitrio de cada una de las partes para ejercer esa atribución, según su conveniencia, pudiendo optar ya por la neutralización de dichas obligaciones recíprocas vía compensación, ya por el mantenimiento de los respectivos créditos, conservando de esta forma la independencia de las obligaciones.

Nadie más que las partes directamente involucradas, quienes detentan obligaciones recíprocas, puede oponerla; como vimos, ni el juez ni el árbitro pueden declararla de oficio, así como tampoco pueden alegarla los codeudores solidarios<sup>(153)</sup>.

Siendo facultativa la compensación, es evidente que también puede ser objeto de renuncia.

---

(153) La única excepción estaría dada en el caso de los garantes, quienes sí se encuentran facultados para oponer unilateralmente la compensación de la deuda que están garantizando con el crédito que el deudor principal tenga contra el acreedor. Sobre el tema, nos remitimos a lo expuesto en el análisis correspondiente al artículo 1291.

La renuncia puede manifestarse expresa o tácitamente. La renuncia expresa se puede realizar, como veremos, en cualquier momento desde el nacimiento de la obligación hasta su ejecución, en tanto que la manifestación tácita de la voluntad de renunciar a la compensación es un acto o una conducta que se produce con posterioridad al nacimiento de la obligación.

(a) *Renuncia expresa.*

Así como invocar la compensación es una atribución discrecional de las partes, su renuncia a ella también lo es. Concurriendo las condiciones previstas por la ley para que opere la compensación unilateral, el ejercicio de su renuncia por una de las partes no se encuentra bajo el control de la otra. Esta renuncia, que siempre es voluntaria, se realiza en forma expresa cuando sus términos son explícitos.

La renuncia expresa puede originarse en un convenio celebrado entre ambas partes –bilateral– o mediante declaración unilateral.

Nuestra norma positiva regula la renuncia expresa bilateral en la parte final del artículo 1288 del Código Civil vigente<sup>(154)</sup>, donde se establece –en forma semejante al Código derogado– la exclusión de la compensación por “común acuerdo”.

Nos resulta reiterativa la inclusión en la norma de la posibilidad de renunciar por acuerdo de voluntades, ya que, no siendo la compensación –al igual que la prescripción– de

---

(154) El texto del referido artículo es el siguiente:

**Artículo 1288.**- “Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.” (El subrayado es nuestro).

orden público sino de exclusivo interés privado, no estando, pues, impuesta por la ley, e indicando el citado precepto el requisito de su oposición unilateral –con lo cual se consagra su carácter voluntario–, entonces es evidente que el acuerdo de su renuncia forma parte de la libertad contractual, por medio de la cual las partes pueden determinar el objeto del acto jurídico.

El convenio de renuncia a la compensación puede celebrarse al momento de constituirse las obligaciones respectivas, no siendo necesario que se encuentre pactado en ambas. Bastará que en una de ellas se haya estipulado dicha renuncia, para que ya no se pueda compensar con la otra (aunque ésta última no contemple la renuncia). Así, un contrato de compraventa puede contener válidamente una cláusula en la que se acuerda la no compensación del pago con alguna otra obligación existente o futura entre el vendedor y el comprador. En mérito de este contrato, el comprador no podrá oponer la compensación de su prestación aunque venza una obligación de su acreedor para con él que reúna todos los requisitos exigidos por la ley para la compensación unilateral.

Asimismo, la renuncia a la compensación se puede concertar ulteriormente a la constitución de las respectivas obligaciones. Puede convenirse en cualquier momento: antes de ser tales obligaciones exigibles (por ejemplo, si estaban sometidas a plazo), cuando la obligación de una parte es exigible y la de la otra aún no lo es, o siendo ambas obligaciones ya exigibles. Inclusive, cuando una de las partes –por ejemplo, mediante carta notarial– opone la compensación a la otra, y ésta última la convence de que renuncie a dicha compensación –manteniéndose así la independencia de ambas obligaciones–, pueden dejar sin eficacia tal compensación (evidentemente, antes de que surta sus efectos) y convenir su exclusión.

Con el fin de concertar la exclusión o renuncia de la compensación, resulta indiferente si concurren o no los requisitos exigidos por la ley para oponerla.

Como señalamos anteriormente, se puede renunciar a la compensación por acuerdo bilateral o mediante declaración unilateral. En este último caso, la parte que no renunció mantiene su derecho a invocar la compensación.

Por ejemplo, si María y Pedro tuvieran dos obligaciones recíprocas compensables, podrían darse los siguientes supuestos:

1. Sólo María renunció expresamente a oponer la compensación. En este caso únicamente Pedro podría oponer dicha compensación (y viceversa).
2. Si ambas partes renunciaron a la compensación por convenio bilateral o mediante dos declaraciones unilaterales independientes, ninguna podría oponerla. La única posibilidad de que se produzca la compensación sería que ambas partes acuerden dejar sin efecto el convenio bilateral de renuncia, o que una de ellas faculte a la otra a invocarla.

Finalmente, se debe interpretar la renuncia en forma limitativa al crédito al que concierna; empero, por las mismas razones, no habría inconveniente en que se produzca una renuncia de carácter general.

(b) *Renuncia tácita.*

Las partes también pueden renunciar a la compensación de manera tácita, es decir, sin que medie declaración expresa que indique explícitamente tal voluntad.

Esta característica remarca –una vez más– el carácter privado y voluntario de la compensación.

En el propio ordenamiento jurídico francés se contempla la posibilidad de renunciar expresa o tácitamente a la compensación, aunque –contradictoriamente– en este sistema rige la compensación legal o de pleno derecho (forzosa). No nos resulta coherente que, habiendo ya producido la

compensación sus efectos extintivos, desde el instante en que concurrieron ambas obligaciones bajo las condiciones exigidas por la ley (es decir, no existiendo ya ninguna de ambas deudas o, por lo menos, habiéndose extinguido una de ellas –la de menor cuantía– y reducido la otra en la medida de la inferior), pueda una de las partes renunciar tácitamente a ella.

No sólo nos parece inconveniente por el hecho de retrotraer efectos ya producidos –con el evidente peligro de incertidumbre para terceros–, sino principalmente porque si existe la facultad de renunciar a la compensación en forma unilateral o bilateral, expresa y hasta tácita, no tiene sentido que revista carácter de obligatoria o de “pleno derecho”.

La renuncia tácita se puede efectuar por medio de hechos de los cuales ella se deduzca necesaria e inequívocamente. Siendo la facultad de oponer la compensación un derecho establecido por la ley, su renuncia no puede ser objeto de una interpretación arbitraria que pueda adolecer de vaguedades e imprecisiones, por lo que el acto de la parte renunciante debe ser muy claro y puntual.

El hecho que José, en lugar de oponer a Eduardo la compensación a la cual está facultado, le solicite la entrega de su prestación, no significa que esté renunciando tácitamente a la compensación, pues podría ser que desconozca esta posibilidad o que pretenda provocar a Eduardo para que sea éste quien la invoque. Basta que haya más de una posible interpretación de su actuar para que no se pueda presumir la renuncia a este derecho.

Pero si, siguiendo con el mismo ejemplo, al conocer Eduardo la petición de pago de José, le paga, este acto importa una verdadera renuncia a la compensación. El crédito que tiene contra José se mantiene y la forma de cobrarlo será la de cualquier deuda pendiente, es decir, podrá hacerlo efectivo por los demás cauces que ofrece la ley. Igualmente ocurriría si José decidiera pagar su deuda apenas ésta se vol-

viese exigible, sin haber siquiera solicitado el pago de la suya a Eduardo. En cualquier caso, el pago siempre implicaría una renuncia tácita a la compensación.

Otra forma de renuncia tácita se da cuando el deudor consiente en que el acreedor ceda su crédito a un tercero<sup>(155)</sup>.

En este caso, el deudor no podrá oponer al cesionario la compensación que hubiese podido oponer al cedente. Debemos resaltar que la compensación sólo queda descartada de existir aceptación por parte del deudor.

No debe interpretarse como renuncia tácita el silencio del deudor respecto a la compensación, cuando es demandado por el acreedor. Si el deudor no opone de inmediato la compensación al recibir la notificación de la demanda, esto puede obedecer a que pretenda deducirla en otra fase del juicio, ya que procesalmente podría hacerlo cuando el proceso penda de apelación o en la etapa de ejecución de la sentencia que se hubiera pronunciado.

Por último, ya sea manifestada en forma expresa o tácita, la renuncia a la compensación no puede hacerse en fraude de los acreedores, quienes en este supuesto están facultados para intervenir oponiendo la compensación que su deudor no opuso.

Esta atribución que el Derecho otorga a los acreedores parecería no encajar en los principios generales de la compensación, según los cuales la facultad de oponer la compensación se encuentra dentro del ámbito de libertad del deudor, además de ser un derecho personalísimo (con la sola excepción de la oposición de la compensación por el garante del deudor principal, como vimos anteriormente).

---

(155) Nuestro Código Civil regula este caso de renuncia tácita en su artículo 1292: "El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente."

Sin embargo, la norma no interfiere con el uso, sino que sanciona el abuso de la libertad del deudor para oponer la compensación, en resguardo de los intereses de sus acreedores.

El ejercicio abusivo de un derecho debe estar siempre controlado por el sistema, en cualquiera de sus modalidades, y la compensación no es la excepción. Por tanto, los acreedores de cualquiera de las partes tienen la facultad de subrogarse a ellas con el propósito de deducir la compensación, siempre y cuando el deudor pasible de sustitución actúe fraudulentamente al haber optado por dicha abstención, y que tal compensación remedie ese fraude.

– ***Importancia de la figura en el ámbito mercantil, bancario e internacional.***

Hemos visto cómo opera la compensación al interior de las relaciones obligacionales recíprocas entre dos partes<sup>(156)</sup>, neutralizando los efectos de una obligación con los de otra y reduciendo el movimiento de numerario. Esta figura reviste enorme importancia no sólo porque brinda seguridad –por la mutua garantía de los acreedores, que evita el riesgo que implica pagar y luego enfrentar el posible incumplimiento o insolvencia de la otra parte– sino porque simplifica los negocios, evitando un circuito inútil.

Bajo esta perspectiva, podemos imaginar su trascendental rol en el ámbito comercial y mercantil.

La compensación es casi tan antigua como el hombre, quien sobrevivió a las distintas eras, climas, depredadores, pestes y plagas gracias a su capacidad única de adaptación inteligente. No fue la fortaleza corporal sino el alto nivel de socialización, de trabajo en equipo, de simplificación y distribución de las labores, lo que permitió tal supervivencia y hegemonía. En ese sentido, el

---

(156) Reiteramos que dos partes no implica necesariamente dos individuos, ya que podrían intervenir numerosas personas tratándose de obligaciones con pluralidad de sujeto y/o en caso de existencia de garantes.

intercambio comercial entre los seres humanos ha sido y sigue siendo un pilar de la civilización. Ya se trate de intercambios entre individuos pertenecientes a pequeñas comunidades locales, o de relaciones comerciales entre clanes, industrias, reinos, naciones, etc., siempre ha existido una situación de reciprocidad de obligaciones entre las personas, las que de alguna u otra forma se han venido compensando. En otras palabras, la compensación surgió con el comercio.

Conforme fue evolucionando, tornándose complejo y sofisticándose el cúmulo de obligaciones recíprocas, la compensación fue paralelamente adquiriendo más importancia y su regulación se convirtió en objeto de interés por parte del Derecho.

En efecto, una economía de mercado como la nuestra, en cuyo interior las transacciones económicas son cada vez más numerosas y complejas, requiere normas de Derecho Comercial que sirvan de herramienta eficaz para facilitar el tráfico de dinero y de bienes. La compensación es, indiscutiblemente, uno de esos instrumentos indispensables de la Economía, ya que convierte la densa trama de las obligaciones en simples operaciones de contabilidad, mediante la eliminación de todo aquello que resulta común, minimizando así el uso de los mecanismos tanto de liquidación como de cobranza.

Por ello, al referirse a las figuras de la cuenta corriente individual, los contratos de cuenta corriente mercantil o bancaria, así como a las Cámaras de Compensación y a los **clearings** internacionales, necesariamente se debe partir de la teoría de la compensación, ya que aquéllas tienen su fundamento en los principios de ésta.

- *La cuenta corriente individual y los contratos de cuenta corriente mercantil y bancaria.*

Hemos visto cómo surgió la cuenta corriente individual<sup>(157)</sup>, que no es otra cosa que una operación conta-

---

(157) La denominación "cuenta corriente", conforme la describe Garrigues (GARRIGUES, Joaquín. Contratos Bancarios. Madrid, 1975, Página

ble de registro de cuentas entre dos personas ligadas por una relación de negocios mantenida de modo permanente a lo largo de un tiempo significativamente largo. Como en esta relación comercial se producen prestaciones recíprocas de dinero, el registro de cuentas se lleva consolidando todos los ingresos y egresos realizados por una de las partes en las cuentas de la otra parte. La forma como se realizan las anotaciones dependerá de los usos, costumbres y comodidad de cada una de las partes, pero al ser registros de tipo contable, si se trata de un cargo en la cuenta del titular, irá al Debe, en tanto que se anotará bajo el rubro Haber, de tratarse de un abono. Por ello, este tipo de cuenta corriente es más bien una “situación de cuenta corriente” o “situación de contabilidad”, lo cual no implica que haya mediado entre ambas partes un contrato de cuenta corriente.

En cambio, las cuentas corrientes mercantil y bancaria –provenientes ambas de la lógica de la cuenta corriente individual– nacen en virtud de un contrato.

El contrato de cuenta corriente mercantil se origina en un pacto específico que excluye la disponibilidad aislada de los créditos que se produzcan a lo largo de la vigencia de esta situación, no pudiendo las partes contratantes ni reclamarlos ni compensarlos, aplazando su liquidación hasta el momento de cierre de la cuenta.

En virtud de este tipo de contrato, según Garrigues<sup>(158)</sup>, las prestaciones aisladas que ambas partes realicen en forma recíproca “no tienen efectos jurídicos externos,

---

117.), “lleva en sí el germen de una enorme imprecisión, pues designa, a veces, un contrato específico que recibe también este mismo nombre y, a veces, una mera situación de contabilidad que no implica contrato especial alguno”.

(158) GARRIGUES, Joaquín. Op, cit., Páginas 117 y 118.

sino que se consideran como elementos integrantes de una unidad inescindible antes del término pactado.”

Así, siguiendo la inspiración fundamental de este contrato, que es la simplificación de las relaciones jurídicas, se hace una fusión de todas las remesas en una masa única de acreditamientos y debitamientos. Al cierre de la cuenta, en mérito a la compensación de todos los ingresos y egresos contables registrados en ella, quedará un saldo acreedor o deudor —resultado del balance del activo y pasivo de la cuenta a la fecha del cierre o al corte de la misma previsto en el contrato—, el cual será el único que contará con individualidad propia (ya que los créditos anteriores al vencimiento, desde el momento en que ingresaron en la cuenta, perdieron su independencia e individualidad, pasando a formar parte de una unidad compuesta) y, por tanto, el único exigible.

Por su parte, la cuenta corriente bancaria es un contrato que nació al interior del depósito irregular de dinero y, por ello, se le consideró como pacto accesorio a éste, así como también al de otorgamiento de crédito. De ahí que se denominara a este convenio “depósito en cuenta corriente” y al segundo, “apertura de crédito en cuenta corriente”<sup>(159)</sup>.

Actualmente el contrato de cuenta corriente bancaria es autónomo y con caracteres definidos, de contenido

---

(159) El objeto de la cuenta corriente bancaria como contrato accesorio al de depósito era facilitar la movilización del dinero depositado a través de pagos que el banco efectuaba a terceros por medio de cheques. En cuanto a su función accesorio respecto del otorgamiento de crédito, ésta aparece cuando en la cuenta corriente bancaria del cliente se anotan sus disposiciones realizadas sobre el crédito concedido (en el Debe) y sus reposiciones de fondos con cargo a dicho crédito (en el Haber).

complejo, ya que la evolución de la práctica bancaria ha conllevado un desarrollo operativo de esta figura, la misma que ha ido abarcando distintos tipos contractuales como el préstamo, el depósito, la apertura de crédito, etc.

El contrato de cuenta corriente bancaria se inicia con una apertura de crédito o un depósito, cuyo objeto es la obtención por el cliente de un servicio de caja. El Banco se obliga a prestar ese servicio de caja realizando operaciones por cuenta o por encargo del cliente, las que algunas veces son en nombre de éste y otras en nombre del propio Banco, pero siempre por cuenta del cliente (de ahí el derecho del Banco al reembolso de los gastos y comisiones).

Como es de notar, al interior del marco de este contrato surgen numerosas obligaciones que el Banco y el cliente van asumiendo a lo largo de su relación. El cliente o titular puede hacer depósitos o retiros de dinero a través del cheque, estando –de esta forma– facultado para disponer en cualquier momento de las sumas resultantes de su crédito (ésta constituye la mayor diferencia respecto de la cuenta corriente mercantil, en la que el contratante sólo puede disponer del crédito resultante de la compensación operada a la fecha de cierre de la cuenta). Ello es posible debido a que, en la cuenta corriente bancaria, los saldos activos se compensan con los saldos pasivos desde su coexistencia, es decir, se da una compensación continua.

Sabemos que en la cuenta corriente mercantil las partes contratantes convienen en no exigir los créditos aislados producto de las remesas recíprocas, sino en esperar hasta el vencimiento de la cuenta para conocer el resultado obligacional (saldo o producto de la compensación) y recién entonces exigirlo, siendo por tanto una recíproca concesión de crédito. Esta es otra diferencia en relación a la cuenta corriente bancaria, ya que en

ésta la concesión de crédito no es recíproca sino, por el contrario, unilateral<sup>(160)</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico considera a la compensación como un derecho de las empresas del sistema financiero y al mismo tiempo como una forma de atenuar los riesgos para el ahorrista<sup>(161)</sup>.

- 
- (160) Cuando la cuenta corriente bancaria surge en virtud de una apertura de crédito es el Banco el que está concediendo crédito al cliente. Si la cuenta corriente nace, en cambio, en mérito de un depósito, entonces es el cliente o depositante el que está concediendo crédito al Banco.
- (161) Al respecto, los artículos 130, 131 y 132, numerales 7 y 11, de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702, del 9 de diciembre de 1996), en concordancia con lo preceptuado por el artículo 87 de la Constitución Política del Perú de 1993, señalan lo siguiente:

Ley N° 26702:

Artículo 130.- Estado promueve el ahorro.

“Con arreglo a la Constitución Política, el Estado promueve el ahorro bajo un régimen de libre competencia.”

Artículo 131.- Ahorro .

“El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley.”

Artículo 132.- Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista.

“En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura a la atenuación de los riesgos para el ahorrista:

(...)

7. El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas.

(...)

11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación

Finalmente, el marco legal peruano para la compensación de los cargos o abonos y de sus saldos respectivos en las cuentas corrientes bancarias está dado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702, del 09 de diciembre de 1996), en sus artículos 225, 226 y 228<sup>(162)</sup>.

---

los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.”

Constitución Política del Perú de 1993:

Artículo 87.- “El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca y Seguros por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.”

- (162) La mencionada Ley N° 26702, en lo relativo a las cuentas corrientes y a la compensación al interior de éstas, establece lo siguiente:

Artículo 225.- Cuenta corriente.

“La cuenta corriente regida por la presente ley es un contrato en virtud del cual una empresa se obliga a cumplir las órdenes de pago de su cliente hasta por el importe del dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado, esto último en el caso de las empresas autorizadas para conceder sobregiros de conformidad con los artículos 283 y 290.”

Artículo 226.- Efectos de la cuenta corriente.

“Hay novación en todo crédito del uno contra el otro, de cualquier naturaleza y fecha que sea, si el crédito pasa a una cuenta corriente; salvo que el acreedor o deudor acuerden expresa reserva de sus derechos. Todo abono o cargo dentro de la cuenta corriente, produce compensación.

Las medidas cautelares que se dispongan respecto de cuentas corrientes sólo surtirán efecto sobre el saldo que resulte luego de que

– *Las Cámaras de Compensación.*

No es difícil suponer que, en nuestros días, la aplicación más extendida y corriente de la dinámica de la compensación es la bancaria, cuyo volumen ha adquirido una importancia de tal magnitud que la simplificación obtenida por tal compensación ya no resulta suficiente. Se hizo preciso, pues, crear organismos encargados de realizar diariamente operaciones de compensación a un nivel más alto, es decir, entre Bancos.

---

la empresa aplique sobre ella los cargos que corresponda por las deudas vencidas que mantenga el titular de la cuenta a la fecha de notificación de dichas medidas y siempre que no se encuentre sujeto a gravamen alguno.

La existencia del contrato de cuenta corriente se acredita por cualquiera de los medios de prueba admitidos por la ley, excepto la declaración testimonial.

No es consubstancial a la cuenta corriente la entrega al cliente de un talonario de cheques. La disposición de los recursos disponibles en cuenta corriente puede efectuarse mediante la celebración de un pacto autónomo de cheque o a través de otros pactos.

Las empresas informarán periódicamente a sus clientes respecto de sus estados de cuenta, los que se darán por aceptados de no ser observados dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”

**Artículo 228.- Cierre de cuenta corriente.**

“La cuenta corriente se cierra por iniciativa de la empresa o del cliente. La empresa puede negarse a la solicitud que le formule el cliente para el cierre de la cuenta en el caso que la misma mantenga saldo deudor o que el cliente tuviese obligaciones pendientes de pago con ésta.

Salvo pacto en contrario, la empresa podrá compensar los saldos de las distintas cuentas que el cliente mantenga con ella, inclusive cuando se realice el cierre de una cuenta corriente.

Las empresas cerrarán las cuentas corrientes de quienes registren el rechazo de cheques por falta de fondos, conforme a los términos que determine la Superintendencia. Dicho organismo sancionará a quienes incumplan con esta obligación. La relación de las cuentas corrientes cerradas por esta razón, será publicada mensualmente por la Superintendencia, en el Diario Oficial El Peruano.

Las empresas notificarán a la Superintendencia, los cierres de cuentas corrientes que realicen por falta de fondos, a fin de que

Por ello, siguiendo la lógica de las cuentas corrientes mercantil y bancaria, a través de este proceso natural originado en la tan urgente necesidad de simplificación del cobro y pago de la cada vez mayor cantidad de cheques producidos, se creó la Cámara Compensadora o Cámara de Compensación. Esta es una institución auxiliar del comercio dedicada a la confrontación y posterior liquidación de los créditos y deudas de los titulares que intervienen en la compensación bancaria.

La Cámara de Compensación funge, así, de amigable componedor, actuando como oficina intermediaria –o cuentacorrentista– de los Bancos asociados (que de esta forma se convierten en clientes del organismo superior), y liquidando por diferencia los resultados globales de las operaciones.

Las Cámaras de Compensación, desde sus inicios<sup>(163)</sup>, han tenido una gran relevancia en el desarrollo mercantil y comercial de las sociedades.

---

ésta disponga el cierre inmediato de todas las demás cuentas corrientes que el sancionado tenga en el resto del sistema financiero. La empresa puede, en cualquier momento, remitir una comunicación al cliente, advirtiéndole de la existencia de saldos deudores en su cuenta y requiriéndole el pago. Transcurridos quince (15) días hábiles de la recepción de la comunicación sin que hubiere observaciones, la empresa está facultada para girar contra el cliente por el saldo más los intereses generados en dicho período, una letra a la vista, con expresión del motivo por el que se la emite. El protesto por falta de pago de la indicada cambial, en la que no se requiere la aceptación del girado, deja expedita la acción cambiaria.”

(163) El origen remoto de estas instituciones se puede encontrar en las ferias cambiarias –**fiere dei cambi**– de la Edad Media. En tales ferias, los participantes determinaban sus respectivas deudas cambiarias y las extinguían por compensación. Como mencionamos anteriormente, en todos los tiempos se han aplicado los principios de la compensación, pero la simplificación del número de operaciones a gran escala se inició en estas ferias y mercados del medioevo, a las que acudían comerciantes de distintos lugares a compensar sus saldos.

No obstante, el antecedente inmediato de estas Cámaras es la pri-

La compensación mediante las Cámaras de Compensación, por sus particularidades propias, se realiza con un mecanismo distinto –aunque parte del mismo principio– al de la figura de la compensación civil (artículo 1288 del Código Civil) que hemos venido analizando. Esta última supone, como sabemos, créditos y débitos recíprocos, por lo que quien es deudor de una persona y acreedor de otra (por mucho que las obligaciones sean exigibles, líquidas y los objetos de sus prestaciones fungibles entre sí) no podría, en las Cámaras de Compensación, oponer la compensación unilateral, sino sólo la convencional. Y para que en un caso como el descri-

---

mera Cámara de Compensación (**Clearing House**), fundada en Londres en 1775, cuyo funcionamiento resulta interesante conocer a través de las palabras de Giorgio Giorgi (GIORGI, Giorgio. Op. cit. Tomo VIII, Página 143.):

“Entramos en aquella modesta sala de Londres, y el ánimo se ensancha de grata sorpresa al ver los más grandes y complicados negocios, que necesitarían sacos de libras esterlinas, centenares de pagos y recaudaciones, liquidadas con un sencillo rasgo de pluma sobre los libros sin pérdida de tiempo y sin necesidad de entrega de monedas, satisfaciendo a la vez a millares de acreedores y de deudores. Los negociantes de Londres, en lugar de cobrar y pagar en su propia casa, hacen los pagos y recaudaciones por medio de cheques girados sobre banqueros. Los comisionistas de las diversas bancas se reúnen en la sala de Lombard Street, y toman sitio por orden alfabético de sus bancos alrededor de la sala. Junto a cada banco está la taquilla destinada a recibir los cheques, que los comisionistas de cada banco mano a mano le entregan. Suena la hora en que las casillas se cierran; cada comisionista suma los cheques pagados por su casa, y por otra parte, anota los distribuidos por su misma casa a los otros bancos deudores. Recuenta casa por casa el debe con el haber, y escribe el resultado del balance al lado del nombre de cada banquero acreedor o deudor. Y aun no está todo. Los comisionistas que resultan deudores, deberán las diferencias, si quieren, por medio de nuevos cheques especiales girados por el **clearing-house** sobre el Banco de Inglaterra, o bien entregando todo o parte en dinero.”

Luego de haberse creado en Londres, empezaron a fundarse Cámaras de Compensación en Estados Unidos (ciudad de Nueva York) en 1853, en Italia (1881), en Alemania (1883) y en el resto de los países de gran tráfico comercial.

to (que alguien sea deudor de una persona y acreedor de otra) opere la compensación, según Messineo<sup>(164)</sup>, se requeriría que dicha persona sea parte de una relación de *compensación voluntaria acumulativa o plurilateral*, siendo las relaciones aquí mucho más complejas, puesto que se realizan entre numerosos sujetos o partes que se acumulan.

Es de lo más frecuente que las deudas y los créditos se crucen entre más de dos Bancos, por lo que no se presenta el supuesto del crédito y deuda recíprocos –propio de la compensación civil–. Lo usual es que un Banco sea deudor de otro y acreedor de un tercero, siendo éste último, por su parte, deudor de un cuarto, acreedor de un quinto, y así sucesivamente. En estos casos, la compensación civil no es viable, por lo que es aquí donde opera la compensación bancaria, a través, como veremos, de las Cámaras de Compensación.

Para llegar a la compensación en estos términos en el ámbito bancario, hubo que trascender la utilidad de los cheques, ya que el radio de acción de la compensación estuvo restringido a que varias personas –recíprocamente acreedoras y deudoras– tuvieran cuentas con el mismo Banco. Como vimos anteriormente, el Banco compensaba dichas cuentas y eso era todo.

Cuando las instituciones bancarias tomaron la iniciativa de abrir cuentas entre sí, se empezó a recaudar y a compensar en un campo significativamente más amplio todas las partidas de créditos y débitos; fue en este momento cuando, a decir de Giorgi<sup>(165)</sup>, “... los banqueros se consideran una misma persona con sus clientes. La compensación de títulos de crédito entonces viene a ser un medio portentoso y expedito de extinguir millares de créditos sin poner en circulación una sola moneda de 5 céntimos.”. Esta es la función que desempeñan las Cámaras de Compensación.

---

(164) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 388.

(165) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VIII, Página 142.

Fue en Londres, como antes lo señalamos, donde se fundó –en 1775– por primera vez en el mundo este sistema, comenzando a efectuar en 1854 liquidaciones diarias de las operaciones por giros sobre el **Bank of England**, por medio de cuentas corrientes en dicha institución. Hoy en día, los títulos de crédito que suelen ser objeto de compensación en las Cámaras son las letras de cambio, los cheques, pagarés, vales, libranzas y talones contra cuentas corrientes<sup>(166)</sup>, simplificándose notablemente las operaciones bancarias.

De carácter estrictamente privado en su origen, las Cámaras se crearon sobre la base de un contrato mediante el cual ciertos Bancos se comprometían a llevar a su sede los efectos que tuvieran contra los demás Bancos contratantes para que fueran sometidos a liquidación por diferencia, eliminando los pagos intermedios. Debido a su creciente importancia y al desarrollo de las economías, hoy en día coexisten las Cámaras de Compensación privadas con las creadas por los gobiernos; éstas últimas son organismos mercantiles cambiarios de carácter público. Algunos gobiernos incluyen a la Cámara de Compensación como parte del Banco Central; otros, como ente autónomo subordinado al mismo, etc.

Los Bancos miembros de una Cámara de Compensación – que, como anotáramos, pasan a ser clientes de dicha Cámara– ejercen como derecho primordial la facultad de operar en tal Cámara presentando los documentos que tuvieran contra los demás Bancos asociados, pagando sus saldos deudores o haciendo efectivos sus saldos acreedores. Estas operaciones se simplifican en una sola, la misma que se realiza en la

---

(166) Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op.cit., Tomo I, Página 247.) define la voz “cámara de compensación” como: “Asociación voluntaria de bancos, encaminada a simplificar y facilitar el intercambio de cheques, pagarés, letras, etc., y saldar las diferencias entre el debe y el haber de cada banco asociado, en cuanto se refiere a tales efectos, con el menor movimiento posible de numerario.”

cuenta que el Banco abre en la Cámara –o, según el caso, en el Banco Central– cuando se incorpora. Asimismo, el deber principal del Banco asociado –además de abonar puntualmente las cuotas y aportes de mantenimiento fijados por la Cámara– se centra en mantener un depósito determinado que actuará como garantía para el cumplimiento de los saldos negativos que tales operaciones pudieran arrojar.

El mecanismo de operación compensatoria al interior de las Cámaras –en la mayor parte de las legislaciones– se inicia diariamente con la sumatoria realizada por los Bancos de los montos que adeudan a los demás Bancos asociados, considerando, a decir de Gerardo Tagore Solnié<sup>(167)</sup>, como provisoriamente liquidados los documentos librados sobre ellos. En caso que un cheque careciera de provisión de fondos, se le considera impago y es devuelto, lo cual da lugar a un crédito a favor del Banco librado, para anular el débito proveniente del envío irregular. Inmediatamente después, se redacta la lista y se le adjuntan los documentos que el resto de los Bancos debe satisfacer; cada banquero los presenta a la Cámara y allí se procede a la compensación de los documentos, habiendo comprobado previamente los saldos provisionales que corresponden a cada Banco al finalizar el cambio o cambios de obligaciones recíprocas. Finalmente, la Cámara hace las reducciones y determinaciones de los signos y cuantías del saldo definitivo y, de esta forma, expide los documentos necesarios para la movilización de las cuentas de los Bancos respectivos. Todo esto se lleva a cabo íntegramente dentro del día en que se efectúa la compensación.

Resulta interesante resaltar la enorme simplificación del circuito monetario en mérito de este sistema, por el cual, en lugar de tener frente a sí a varios acreedores y a varios deu-

---

(167) Editorial Bibliográfica Argentina. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1955, Tomo II, Página 539.

dores, cada Banco se convierte en deudor o acreedor de un solo ente, cual es la Cámara de Compensación. A ella todos los Bancos asociados transfieren los créditos y deudas existentes entre sí, por lo que, respecto de cada uno de dichos Bancos, se convierte en deudora o en acreedora, según el saldo que resulte.

En nuestro país las Cámaras de Compensación son parte del Banco Central de Reserva del Perú (B.C.R.), siendo éste su agente<sup>(168)</sup>.

Su funcionamiento se encuentra regulado en el Reglamento de las Cámaras de Compensación de Cheques en moneda nacional y extranjera (CIRCULAR N° 035-96-EF/96-BCR, del 23 de octubre de 1996).

Las Cámaras de Compensación peruanas únicamente compensan créditos y deudas emitidos en el título valor denominado cheque. Se trata de dos Cámaras de Compensación: una dedicada a compensar cheques girados en moneda nacional y la otra a compensar cheques girados en moneda extranjera.

En cuanto a la compensación de cheques girados en moneda nacional, el mecanismo de operación de la Cámara correspondiente es muy similar al descrito anteriormente<sup>(169)</sup>.

---

(168) El artículo 2 del Reglamento de las Cámaras de Compensación de Cheques en moneda nacional y extranjera (CIRCULAR N° 035-96-EF/96-BCR, del 23 de octubre de 1996) establece: "Para los efectos de este Reglamento, al Banco Central de Reserva del Perú, en cuanto agente de la Cámara de Compensación, se le denominará 'el Banco Central' y a los miembros de la Cámara de Compensación, incluido el propio Banco Central de Reserva del Perú, 'los bancos'."

(169) Los artículos pertinentes del Reglamento de las Cámaras de Compensación de Cheques en moneda nacional y extranjera (CIRCULAR N° 035-96-EF/96-BCR, del 23 de octubre de 1996) establecen lo siguiente:

---

Artículo 12.- "Cada banco presentará los cheques agrupados en lotes correspondientes a cada uno de los otros bancos contra los que están girados, cada lote acompañado de una relación con el monto de cada cheque y el respectivo total; relación en la que figurará, además, el nombre y número de clave del banco de que se trate.

La presentación se hará conjuntamente con el formulario de canje respectivo, llenado por triplicado, en el que se indicará igualmente el nombre y el número de clave del banco de que se trate así como, en el lugar que corresponda, el monto total de los cheques que se presentan contra cada uno de los otros bancos.

Adicionalmente, cada banco presentará dicha información en un disquete magnético.

Recibida la documentación y el disquete por el personal de la Cámara, se anotará en el formulario la hora de recepción, se verificará la conformidad de los datos en él contenidos y se devolverán los tres ejemplares al personero, quien solamente a partir de ese momento podrá iniciar las operaciones de canje, recabando los cheques presentados contra su banco por los demás bancos. La devolución del disquete se hará el mismo día en el horario del canje de cheques rechazados."

Artículo 13.- "La presentación y recepción de los cheques en la Cámara de Cheques Rechazados se hará con sujeción al mismo procedimiento detallado en el artículo anterior.

Sólo serán admisibles los cheques que se presenten dentro del segundo día hábil siguiente de haber sido presentados al canje ordinario, salvo caso de fuerza mayor debidamente establecida. El Banco Central no asumirá responsabilidad por la inobservancia que de esta limitación pudieran hacer los bancos."

Artículo 14.- "Concluido el canje, cada banco deberá entregar al personal de la Cámara dos ejemplares debidamente firmados y sellados del formulario presentado al canje, al que deberá haberse añadido, en el lugar que corresponda, el monto total de los cheques propios recibidos de cada uno de los otros bancos así como el saldo resultante. Dicho formulario deberá estar exento de borrones o enmendaduras."

Artículo 15.- "Si un banco no cumplierse con el horario establecido, será excluido ese día del canje, quedando el Banco Central autorizado para debitarle en cuenta corriente el monto de los cheques a su cargo que presentaren los demás bancos. Dichos cheques serán entregados al banco por el Banco Central, conjuntamente con la respectiva planilla.

Si por la razón anotada en el párrafo anterior un banco no participase en el canje de los cheques rechazados, podrá entregarlos directamente a los bancos correspondientes antes de que se inicie el canje ordinario, en cuyo caso, para los fines de la compensación, se considerarán como cargo las respectivas papeletas de acuse de recibo."

---

Artículo 16.- "La compensación de los canjes de cheques y de cheques rechazados, en la oficina principal y en las sucursales del Banco Central, se realizará el mismo día al término de cada canje."

Artículo 17.- "Obtenido el balance de la Cámara, el jefe de la misma o la persona por él autorizada firmará en señal de conformidad los dos ejemplares del formulario presentado por cada banco.

En la oficina principal, uno de esos formularios será devuelto al personero respectivo al inicio del canje de cheques rechazados, tratándose de la compensación de cheques, y al darse comienzo al canje de cheques, cuando se trate de cheques rechazados.

En las sucursales la devolución se hará al finalizar la respectiva compensación."

Artículo 18.- "Dentro del segundo día hábil de terminada cada quincena, los Bancos informarán al Banco Central el número de cheques recibidos en el canje y los cheques girados contra ellos que hubiesen sido rechazados por falta de fondos, con indicación del monto del total. La primera quincena corresponde al período comprendido entre el 1 y el 15 del mes y la segunda, al período comprendido entre el 16 y el último día del mes."

Artículo 19.- "Si un banco no tuviere en su cuenta corriente suma suficiente para cubrir el saldo deudor que resultare a su cargo en las operaciones de compensación, será notificado telefónicamente a fin de que, antes del cierre de las operaciones del día, cubra dicho saldo mediante alguna de las modalidades siguientes:

- a) Entrega de efectivo en custodia, de acuerdo al Reglamento del Sistema de Custodia.
- b) Entrega en cheques a la orden del Banco Central o debidamente endosados a éste, con la certificación del banco girado.
- c) Transferencia de fondos en cuenta corriente, previa conformidad del Banco Central.
- d) Utilización de las líneas de crédito que pudiera tenerles otorgadas el Banco Central."

Artículo 20.- "De no cubrirse oportunamente el saldo deudor mediante alguna de las formas indicadas en el artículo anterior, el banco infractor quedará excluido de la Cámara de Compensación a partir del siguiente día hábil, situación que subsistirá en tanto no sea regularizado el indicado saldo.

La exclusión a que se refiere el párrafo anterior se hará saber oportunamente a los demás bancos, sin perjuicio de ponerse el hecho en conocimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros, a fin que proceda de acuerdo con sus atribuciones.

Además, un banco quedará excluido automáticamente de la Cámara de Compensación el mismo día de publicada en el Diario Oficial la norma legal que declare su disolución y liquidación."

En cuanto a la compensación de cheques girados en moneda extranjera, el referido cuerpo legal la regula repitiendo, bajo el subtítulo correspondiente, las mismas normas que para la compensación de cheques girados en moneda nacional, con excepción del artículo 19, que prevé la eventualidad de que, resultando de la compensación un saldo deudor a cargo de un Banco, éste no contase en su cuenta corriente con dinero suficiente para cubrirlo<sup>(170)</sup>.

- *Los **clearings** internacionales (acuerdos internacionales de compensación).*

Finalmente, en el ámbito del intercambio comercial internacional también se aplica la compensación, mediante acuerdos de compensación a los que se denomina **clearings** internacionales<sup>(171)</sup>. Hay **clearings** entre Bancos, empresas y entre Estados (o entre órganos de Estados). Los referentes a estos últimos son creados mediante acuerdos internacionales de compensación.

Estos acuerdos internacionales de compensación revisten gran importancia en el comercio internacional, debido a que

---

(170) El texto del referido artículo para el caso de la compensación de cheques girados en moneda extranjera es el siguiente:

Artículo 19.- "Si un banco no tuviere en su cuenta corriente suma suficiente para cubrir el saldo deudor que resultare a su cargo en las operaciones de compensación, será notificado telefónicamente a fin de que, antes del cierre de las operaciones del día y previa coordinación con la Sección Cuentas Corrientes en Moneda Extranjera del Banco Central, cubra dicho saldo mediante transferencia específica de fondos."

(171) Al respecto, Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, Tomo II, Página 171.) define el término **clearing** como: "Palabra inglesa equivalente a liquidación, adoptada en todos los países, por ser Londres el centro mundial de estas operaciones, consistentes en ajustes y liquidaciones de cuentas entre bancos y empresas comerciales de diversa procedencia. Tiende a reducir las remesas de valores efectivos, haciéndose los cambios nominalmente."

las operaciones de importación y exportación no se liquidan mediante la remesa o envío de los fondos respectivos de un país a otro, sino a través de la compensación del total de créditos y deudas originados en el tráfico comercial entre tales países.

Los sujetos de estos **clearings** no son los individuos sino los Estados, pero como el objeto de tales acuerdos son los pagos en las compraventas internacionales, los mayores interesados son los individuos.

El mecanismo de los **clearings** internacionales opera, básicamente, de la siguiente manera:

Un exportador cede a su Estado su propio crédito respecto del importador extranjero; con ese crédito, por su parte, dicho Estado proporciona a un importador nacional los recursos para realizar adquisiciones provenientes del mismo país extranjero. El exportador cobra de su Estado el valor –en moneda nacional– de su crédito, y el importador paga a su Estado –también en moneda nacional– el precio de lo importado. De esta forma se crean relaciones de cuenta corriente entre los Estados, las mismas que se van liquidando a través de compensaciones continuas entre ellos.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1288.***

En relación al tema de la compensación, podemos citar las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.– “Para que se verifique la compensación se requiere que las cantidades sean líquidas y exigibles.” Ejecutoria del 5 de enero de 1889, Calle, “Vistas Fiscales”, Tomo I, Página 16. (Artículo 1294 del Código Civil de 1936).

II.– “Siendo fundada en parte la demanda y la reconvencción y habiendo por consiguiente coexistencia de deudas, procede declarar su extinción parcial por compensación, señalándose el sal-

do que deberá abonar el que en definitiva resultase deudor.” Ejecutorias del 13 de enero de 1902, Calle, “Vistas Fiscales”, Tomo II, Página 122; y del 4 de diciembre de 1926, “La Prensa”, 11 de diciembre de 1926. (Artículo 1294 del Código Civil de 1936).

III.– “Producida la quiebra, no procede la compensación de una deuda con obligaciones recíprocas del quebrado, salvo los casos excepcionales a que se refiere la ley.” Anales Judiciales, 1915, Página 178. (Artículo 1294 del Código Civil de 1936).

IV.– “Los efectos retroactivos de la compensación no se extienden hasta la fecha en que coexistieron dos deudas, sino hasta la fecha en que se produce la manifestación de voluntad de compensar.” Anales Judiciales, 1935, Página 292. Revista de los Tribunales, Página 385. (Artículo 1294 del Código Civil de 1936).

V.– “No procede la compensación en un juicio ejecutivo sentenciado, si el ejecutado entrega al ejecutante una letra de cambio aceptada por tercera persona, en sustitución de la que él mismo aceptó, y resulta que el nuevo aceptante es insolvente y ha fallecido. La nueva obligación carece del requisito de exigibilidad.” Revista de Jurisprudencia Peruana, 1956, Página 462, Número 147. (Artículo 1294 del Código Civil de 1936).

VI.– “No es válido el convenio por el cual se compensa una deuda de cantidad líquidamente determinada, con acciones y derechos indeterminados que corresponden a los herederos en uno solo de los bienes dejados por el causante común.” “El Peruano”, 19 de octubre de 1981. (Artículo 1294 del Código Civil de 1936).

VII.– “El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciabile, intransigible e incompensable, conforme lo dispone el artículo 487 del Código Civil.” Ejecutoria del 10 de marzo de 1987. “El Peruano”, Número 14891, 2 de marzo de 1988. (Artículos 1294 y 1307 del Código Civil de 1936 y 1290 del Código Civil de 1984).

– ***Concordancias nacionales.***

Oposición de la compensación, artículo 1289 del Código Civil / Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un socio, artículo 327 de la anterior Ley General de Sociedades (la Ley General de Sociedades vigente no contempla dicho supuesto).



## **– COMPENSACION CONVENCIONAL. REQUISITOS.**

**Artículo 1289.-** *“Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente.”*

### **– Fuentes nacionales del artículo 1289.**

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

El *Código Civil de 1852* legislaba sobre el particular en su artículo 2255: “Para la compensación de una especie por otra, es necesario que se hayan valorizado por convenio, o judicialmente; ó que tengan valor dado por la ley.”; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de 1890* lo hacía en el artículo 2983: “Para que haya compensación se requiere: 1º Que las deudas sean de dinero, o de cosas fungibles de la misma especie y calidad; y 2º Que, al tiempo de la compensación, las cantidades debidas sean líquidas y exigibles.– También puede compensarse una especie con otra no fungible, siempre que ambas tengan su respectivo precio, fijado por la ley, por el Juez, o por convenio de los interesados.”

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, no trataba el tema; al igual que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; y el *Código Civil de 1936*.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, abordaba la materia en su artículo 159: “Por voluntad de las partes puede tener lugar la compensación aun cuando no concurren las condiciones previstas por los artículos anteriores.– Las partes pueden también establecer preventivamente las condiciones de tal compensación.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 144: “Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren las condiciones previstas por el artículo anterior. Las condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente.”

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, regulaba el tema en el artículo 1307: “Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren las condiciones previstas por el artículo anterior. Las condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente.”; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1256: “Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren las condiciones previstas por el artículo 1255. Las condiciones para tal compensación pueden establecerse previamente.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Coinciden con el artículo 1289 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1252), el Código Uruguayo (artículo 1509), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 888), y el Código Etíope (artículo 1840).

– **Análisis.**

La compensación convencional, como su nombre lo indica, proviene de un acuerdo entre las partes. Tal convención, conforme a los principios generales de los contratos, se basa en la autonomía de la voluntad tanto del acreedor como del deudor, la cual conlleva la libertad de contratar y la libertad contractual. Como sabemos, esta última faculta a ambas partes a establecer el contenido del contrato, con la única restricción de no atentar contra norma imperativa o de orden público<sup>(1)</sup>.

Por tal razón, siendo la compensación convencional un mero contrato, las partes pueden acordarla cómo y cuándo lo deseen. No tiene un régimen particular –sólo el convenio entre partes– debido a que depende de la libertad con que la hayan pactado los propios interesados, quienes pueden disponer lo que les resulte más conveniente, de acuerdo con sus intereses. Por ello, la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley –artículo 1288 del Código Civil– para la compensación unilateral no es necesaria. Más aun, sólo se requeriría de la existencia de reciprocidad en las obligaciones, pudiendo obviarse la condición de liquidez y de exigibilidad, así como la fungibilidad y homogeneidad del objeto de las prestaciones.

En efecto, a fin de que dos partes puedan celebrar un acuerdo de compensación de obligaciones, éstas deben ser recíprocas, pues la compensación exige que estemos en presencia de un deudor que a la vez sea acreedor en otra obligación, y de un acreedor que a su vez sea deudor en esta otra. En suma, debe haber dos o más obligaciones diferentes entre las mismas personas, pero intercambiadas las posiciones de acreedor y deudor, de forma tal que una parte revista ambas calidades frente a quien a su vez ostenta la misma situación (deudas cruzadas entre las par-

---

(1) Nuestro Código Civil consagra la libertad contractual en su artículo 1354: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”

tes). Esta condición es la única de la que no se puede prescindir para que los obligados puedan libremente acordar la compensación de sus respectivas deudas recíprocas<sup>(2)</sup>.

En cuanto al requisito de liquidez de la compensación unilateral, siendo la compensación convencional un modo contractual de extinción de obligaciones, no se requiere que la cuantía de una deuda se encuentre determinada para proceder a compensarla con otra obligación cuya cuantía puede también ser indeterminada. Las partes pueden, pues, convenir en que se compensen dos deudas ilíquidas.

Podría ser el caso de que Pablo le compre a Rosa un cuadro de Szyszlo, conviniendo ambos en que el precio de dicho bien sea determinado por Alberto (quien por el momento se encuentra ausente). A su vez, Pablo tiene un crédito a su favor contra Rosa, por haber encontrado una valiosa joya familiar que ésta había extraviado (por la cual Rosa había ofrecido una “sustancial” recompensa). Ambos –Rosa y Pablo– deciden compensar ambas obligaciones ilíquidas, considerando –a grandes rasgos– que ambas cuantías resultarían similares.

De la misma forma, un abogado podría convenir con un cliente en compensar sus honorarios pendientes de regulación con el importe del servicio de reparación, planchado y pintura de su vehículo, que a su vez le adeuda a dicho cliente.

Resulta claro que en ninguno de estos casos podría oponerse unilateralmente la compensación, la que sólo procedería mediante el arbitrio de ambas partes (acuerdo bilateral).

El que las obligaciones no sean exigibles tampoco es óbice

---

(2) Es preciso hacer hincapié en que la reciprocidad de las obligaciones es necesaria para que opere la compensación convencional de las deudas mutuas, ya que nada impediría que más de dos partes (compensación plurilateral) acuerden compensar deudas que no sean recíprocas, como veremos al final de este análisis.

para la compensación convencional, puesto que las partes tienen plena libertad de pactar la compensación de deudas cuyo plazo aún no ha vencido, de créditos respecto de los cuales la ley ha prescrito su inexigibilidad, de obligaciones naturales<sup>(3)</sup>, de créditos sujetos a condición suspensiva, etc.

Así, por ejemplo, Francisco puede acordar con Ana en compensar una antigua deuda –ya prescrita y, por tanto, no exigible– de 15,000.00 nuevos soles que aquél mantenía con Ana, con un crédito de 10,000.00 nuevos soles a favor de Francisco, sujeto a un plazo que vencerá en dos meses (no exigible a Ana hasta el término de dicho lapso). A pesar de la inexigibilidad de ambas deudas, lo cual imposibilitaría la invocación de la compensación unilateral, las partes pueden convenir en compensarlas. Como resultado de la compensación, se extinguiría por completo la deuda de Ana, quedando como saldo cinco mil nuevos soles de la deuda de Francisco. Como esta deuda está prescrita, el pago de este remanente queda a voluntad de Francisco.

---

(3) Las obligaciones naturales son –como explicamos al analizar el requisito de exigibilidad de las obligaciones para la compensación unilateral– aquellas no exigibles por antonomasia, porque no confieren acción para demandar el cumplimiento del deudor. Se trata en realidad de deberes jurídicos con contenido patrimonial y no de obligaciones propiamente dichas, ya que al no existir exigibilidad –por carecer de acción–, no hay obligación. Por ello, indica uno de los coautores de este Tratado (OSTERLING PARODI, Felipe. *La Controversia sobre las Obligaciones Naturales*. En: *Derecho Civil Patrimonial*. Alfredo Bullard y Gastón Fernández Editores, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1997, Páginas 318 y 319.), la expresión “obligaciones naturales” importa una “**contradictio in adjecto**” o una “**contradictio in terminis**”, a pesar de lo cual dicha expresión se sigue empleando debido a que su uso se encuentra muy difundido. Así las cosas, señala, quien paga en virtud de una “obligación natural” no está obligado, pero si lo hace es porque está respondiendo a un imperativo de su conciencia, cumpliendo así con un deber previsto expresamente por la norma jurídica (artículos 1275 y 1943 del Código Civil, que regulan las obligaciones prescritas y las deudas provenientes del juego y la apuesta no autorizados, respectivamente), que sí le confiere contenido patrimonial y que le impide repetir.

En lo relativo al requisito de fungibilidad y homogeneidad de los objetos de las prestaciones, no es difícil deducir que las partes pueden convenir en compensar sus obligaciones con prescindencia de aquél. Así como nadie puede ser obligado a recibir en pago algo distinto a lo que se le adeuda (fundamento principal del requisito de fungibilidad para la compensación unilateral), tampoco nadie puede ser obligado a recibir exactamente lo que se le adeuda, en caso sea su voluntad –y la de su deudor– recibir algo distinto. Por ello, la compensación de dos o más prestaciones cuyos objetos sean heterogéneos es perfectamente posible, siempre y cuando provenga de un acuerdo entre las partes.

Sería el caso, por ejemplo, de la compensación de una obligación de transferir la propiedad de una casa (valorizada en 150,000.00 dólares) con otra obligación consistente en la transferencia de la propiedad de un departamento (valorizado en 100,000.00 dólares). A pesar de que los objetos de ambas prestaciones no son fungibles o intercambiables entre sí, las partes pueden convenir en compensarlos, quedando un saldo de 50,000.00 dólares a pagar por una de las partes.

Supongamos que Luis está obligado a entregar a José 15 litros de champú de uso veterinario, valorizado en 100.00 nuevos soles. Por su parte, José se compromete a entregar a Luis un lote de 50 kilos de alimento balanceado para aves, cuyo valor asciende a 200.00 nuevos soles. Compensar ambas obligaciones de dar sólo es factible mediante acuerdo de partes. Operada la compensación, Luis queda liberado, en tanto que la obligación de José se reduce a entregar a Luis 25 kilos de alimento para aves.

Las partes pueden compensar convencionalmente cualquier tipo de obligaciones, como hemos visto, incluyendo aquellas tan disímiles como las de dar, de hacer y de no hacer, siempre y cuando se valoricen éstas, ya que de lo contrario nos estaríamos alejando del concepto de compensación para ingresar al campo de la condonación recíproca. Por ejemplo, se puede acordar compensar una obligación de transportar niños al colegio durante un mes, valorizada en 300.00 nuevos soles, con una deuda de 500.00 nuevos soles. La obligación de transportar niños se extin-

guiría y la deuda dineraria se reduciría a 200.00 nuevos soles. Pero, si ambas partes convienen en que ambas obligaciones se extingan mutuamente por completo, habría una suerte de compensación con condonación, lo que se asemeja más a un acuerdo liberatorio que a una compensación.

Por otro lado, este tipo de compensación puede pactarse en cualquier momento, desde el instante en que se genera cualquiera de las obligaciones, e incluso antes, ya que se puede aplicar no sólo a relaciones obligatorias ya existentes, sino también se puede convenir respecto de relaciones obligatorias futuras, como un mecanismo preventivo (en este último caso se le considera un acuerdo normativo).

Finalmente, hasta el mismo requisito de reciprocidad se puede relativizar en la compensación voluntaria, ante la posibilidad de acuerdos de compensación plurilateral, como ocurre en las Cámaras de Compensación o en los **clearings** internacionales<sup>(4)</sup>.

#### – **Concordancias nacionales.**

Compensación; definición, artículo 1288 del Código Civil / Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un tercero, artículo 327 de la anterior Ley General de Sociedades. La Ley General de Sociedades vigente no contempla este supuesto.

---

(4) Remitimos al lector a lo expresado al analizar el tema “Importancia de la figura en el ámbito mercantil, bancario e internacional”.



**- SUPUESTOS EN QUE NO SE PERMITE LA COMPENSACION.**

**Artículo 1290.-** *“Se prohíbe la compensación:*

1. *En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.*
2. *En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.*
3. *Del crédito inembargable.*
4. *Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.”*

**- Fuentes nacionales del artículo 1290.**

Dentro de la legislación colonial, y en lo referente a las deudas no compensables, respecto a la restitución del depósito, tenemos la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 27, Título XIV, Partida Quinta: **“Que si un ome encomendasse a otro alguna cosa, quier fuesse de aquellas que se pudiessen contar, o pesar, o medir, quier non, maguer aquel que gela dio en guarda, le deuiesse a el otra debda, que non le puede demandar que sea fecho desquitamiento de lo uno por lo al.”**

En lo relativo a la restitución del comodato, la Ley 5, Título III, Partida Quinta, establecía lo siguiente: **“E maguer que el ouiesse a dar alguna cosa aquel que gela encomendasse, con todo esso non gela deue tener, el que recibió el condessijo, por razón de prenda, a que dizen en latin ‘Compensatio’, que quiere tanto dezir, como descontar una debda por otra; ante deuele luego entregar della, e despues desto puedesele demandar aquello que le deuiere.”**

Y, por último, respecto a la prohibición de oponer compensación entre los particulares y el Estado, la Ley 26, Título XIV, Partida Quinta, prescribía: **“Auiendo algun ome a dar pecho, o censo, a la Camara del Rey o al Comun de algun Concejo, maguer el Rey, o el Comun de aquel lugar, dauan a el otro debdo, non puede ser fecho desquitamiento del un debdo por el otro.”**

El artículo 1290 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* legislaba el tema en el artículo 889: **“Hay lugar a la compensación en toda deuda, a excepción de los casos siguientes: 1° De restitución de una cosa de que ha sido despojado el propietario. 2° De demanda sobre restitución de un depósito o de una cosa dada en comodato. 3° De una deuda que tiene por causa los alimentos que no pueden retenerse.”**; en tanto que el *Código Civil de 1852*, lo hacía en sus numerales 2257: **“Todas las deudas son compensables, si la ley no lo prohíbe.”**; y 2258: **“Se prohíbe la compensación: 1° En la demanda sobre restitución y de despojo; 2° En la demanda sobre restitución de un depósito; 3° En los cargos por mala administración; 4° En lo que se debe por alimentos.”**

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* regulaba la materia en los artículos 2993: **“Todas las deudas que reúnan los requisitos del artículo 2983 son compensables, si la ley no lo prohíbe.— Está prohibida la compensación de las siguientes: 1°**

Las que provienen de despojo, ya se trate de la restitución de la cosa, materia de la expoliación, ya de las responsabilidades consiguientes a ésta; 2° Las relativas a restitución de un depósito; 3° Las responsabilidades que han resultado de mala administración de bienes ajenos; 4° La deuda por causa de alimentos, a no ser que el crédito que se quiere compensar con ella, provenga de gastos hechos en mantener al que tiene derecho de exigir alimentos; 5° Las obligaciones de hacer.”; y 2994: “Las deudas y créditos entre el Estado y los particulares no son compensables en los casos siguientes: 1° Si las deudas de los particulares provienen de remate de bienes o rentas fiscales, o de contribuciones directas o indirectas; 2° Si las deudas y los créditos no pertenecen a un mismo ramo de la Administración pública; 3° Si las deudas de los particulares están comprendidas en la consolidación de créditos contra el Estado, ordenada por ley; 4° Los descubiertos de los que administran bienes fiscales, deducidos del corte y tanteo de cada mes, o de los que se practiquen por muerte, remoción, suspensión o traslación de algún empleado; 5° Las deudas a favor del Estado por especies valorizadas, que ha recibido el deudor para venderlas; 6° Los descubiertos de los que administran bienes o rentas fiscales, especificados en el auto final, pronunciado conforme a las leyes, por el Tribunal respectivo, después de examinadas y glosadas las cuentas de los administradores con audiencia de éstos.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, contemplaba dos artículos sobre el particular, los numerales 266: “Todas las deudas son compensables, si la ley no lo prohíbe.”; y 267: “Se prohíbe la compensación: 1° En la demanda sobre la restitución de despojo.— 2° En la demanda sobre la restitución de un depósito.— 3° En los cargos de mala administración.— 4° En lo que se debe por alimentos.— 5° En las deudas y créditos entre particulares y el Estado.— 6° En las deudas provenientes de salarios y sueldos, salvo en los límites en que las leyes permitan el embargo.”; mientras que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, abordaba el tema en sus artículos 254: “Todas las deudas son compensables, si la ley no lo prohíbe.”; y 255: “Se prohíbe la compensación: 1° En la demanda sobre la

restitución de un depósito.– 2° En las deudas por pensiones alimenticias.– 3° En las deudas y créditos entre particulares y el Estado.– 4° En las deudas provenientes de salarios y sueldos, salvo en los límites en que las leyes permiten el embargo.”

De otro lado, el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba la materia en el artículo 1284: “Se prohíbe la compensación: 1° En la restitución de un depósito, o de un comodato; 2° En las pensiones alimenticias; 3° Entre particulares y el Estado.”; en tanto que el *Código Civil de 1936*, lo hacía en el numeral 1295: “Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de un depósito, o de un comodato; 2. En las pensiones alimenticias; 3. Entre particulares y el Estado.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, se ocupaba del tema en su artículo 153: “Se prohíbe la compensación por declaración unilateral de voluntad: 1. En la restitución de cosas de las que el propietario haya sido injustamente despojado; 2. En la restitución de cosas depositadas o dadas en comodato; 3. En las pensiones alimenticias; 4. Del crédito inembargable; 5. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.”; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 145: “Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.– 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.– 3. Del crédito inembargable.– 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.”; el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, en el artículo 1308: “Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado; 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato; 3. Del crédito inembargable; 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.”; y, finalmente, el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, en el artículo 1257: “Se prohíbe la compensación: 1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.– 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.– 3. Del crédito inembar-

gable.– 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1290 del Código Civil Peruano de 1984, los Códigos Civiles Francés (artículo 1293, inciso 1 –similar al inciso 1 del artículo 1290 Peruano– y el inciso 2 –similar al inciso 2 del artículo 1290 Peruano–), el mismo que agrega en su inciso 3 el caso de una deuda que tenga por causa alimentos declarados inembargables; Costarricense de 1888 (artículo 808, inciso 2 –similar al inciso 1 del artículo 1290 Peruano– y el inciso 3 –similar al inciso 2 del artículo 1290 Peruano–), Código que añade en sus incisos 1, 4 y 5 que la compensación no se realizará cuando una de las partes hubiere renunciado de antemano al derecho de compensación, cuando la deuda sea de una pensión alimenticia o de otros bienes no embargables y cuando ello perjudique derechos adquiridos por terceros o produzca el efecto de impedir que una de las sumas se aplique al objeto a que estaba especialmente destinada por la naturaleza de la convención o por la voluntad formalmente expresada de la parte que hace la entrega a la otra; Uruguayo (artículo 1509); Ecuatoriano (artículo 1705); Venezolano de 1942 (artículo 1335); Chileno (artículo 1662); Venezolano de 1880 (artículo 1236); Boliviano de 1976 (artículo 369); Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 881); Guatemalteco de 1973 (artículo 1473, inciso 1 –similar al inciso 1 del artículo 1290 Peruano–); Español (artículo 1200 –similar al inciso 2 del artículo 1290 Peruano–, numeral que agrega que tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito.).

Por otra parte, también resultan concordantes con el Código nacional, el Código Civil Brasileño (artículo 1015, inciso II –similar al inciso 2 del artículo 1290 Peruano–); el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 371, inciso II –similar al inciso 2 del artículo 1290 Peruano–); Paraguayo de 1987 (artículo 620, literal a) –similar al inciso 3 del artículo 1290 Peruano–, cuerpo legal que agrega el caso de las deudas nacidas de delitos, salvo que lo admitiese el acreedor, así como el artículo 621 –similar al inciso 4

del artículo 1290 Peruano—; Portugués de 1967 (artículo 853, inciso c —similar al inciso 4 del artículo 1290 Peruano—); Proyecto Franco—Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 218), numeral que agrega otro supuesto de prohibición de compensación, cual es la renuncia a la compensación hecha por adelantado por el deudor; Código Civil de la Provincia de Québec (artículo 1190); Suizo (artículo 125); y Etíope (artículo 1833 que en el literal a) agrega el supuesto de las acreencias cuya naturaleza especial exija el pago en efectivo en las manos del acreedor, tales como los aumentos, el salario.).

De otro lado, debemos expresar que el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1478) establece que la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviene de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. La misma norma prescribe que tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos a título gratuito. El Código Portorriqueño de 1930 (artículo 1154 —similar al Código Civil Hondureño de 1906—) prohíbe la compensación cuando alguna de las deudas provinieren de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, así como tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito. El Código Italiano de 1942 (artículo 1246) agrega que no procede en caso de la renuncia a la compensación hecha preventivamente por el deudor, en tanto que el Código Civil Boliviano de 1831 (artículo 887, inciso 3), establece que no se puede compensar una deuda que tiene por causa los alimentos que no pueden retenerse.

Por su parte, el Código Civil Argentino prescribe (artículo 823) que las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes: 1º Si las deudas de los particulares proviniesen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales, o si proviniesen de contribuciones directas o indirectas, o de alcance de otros pagos que deban hacerse en las aduanas, como derechos de almacenaje, depósito, etc.— 2º Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio.— 3º En el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley. Este cuerpo legal señala, adicio-

nalmente (artículo 824), que no es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado, ni la de devolver un depósito irregular. Agrega (artículo 825) que no son compensables las deudas de alimentos, ni las obligaciones de ejecutar algún hecho.

El Código Alemán prescribe (artículo 390) que un crédito al que puede oponerse una excepción no puede ser compensado; y que la prescripción no excluye la compensación si el crédito no había prescrito aún al tiempo que pudo ser compensado con el otro crédito.

El Código Civil de la República de China de 1930 dispone (artículo 338) que el deudor de una obligación inembargable no puede invocar la compensación. Este mismo cuerpo legal agrega (artículo 339) que el deudor de una obligación nacida de un acto ilícito intencional no puede invocar la compensación.

El Código Portugués (artículo 849) establece que el acreedor que concede gratuitamente un plazo al deudor está impedido de compensar su deuda antes del vencimiento del plazo. En contra de este principio tenemos al Código Paraguayo de 1987 (artículo 617), que prescribe que el plazo de favor otorgado por el acreedor no obsta a la compensación.

El mismo Código Portugués (artículo 850) anota que el crédito prescrito no impide la compensación, si la prescripción no podía ser invocada en la fecha en que los dos créditos se tornaron incompensables. El Código Guatemalteco de 1973 (artículo 1472) legisla en el mismo sentido que el Portugués, cuando señala que la prescripción no impide la compensación cuando no se había consumado en el momento en que las obligaciones eran compensables.

En adición, puede mencionarse que el Código Civil Guatemalteco de 1973 establece (artículo 1474) que el corredor o intermediario no puede compensar las sumas que reciba para comprar objetos determinados, ni el precio que se le entregue

por las cosas que venda, con las cantidades que le deban los comitentes.

Además, el Código Civil Alemán (artículo 392) dispone que por la confiscación de un crédito solamente se excluye la compensación de un crédito perteneciente al deudor contra el acreedor, si el deudor ha adquirido su crédito después de la confiscación o si su crédito solamente ha vencido después de la confiscación y con posterioridad al crédito confiscado. Señala también (artículo 393) que contra un crédito derivado de un acto ilícito dolosamente cometido no es admisible la compensación.

Este mismo cuerpo legal agrega (artículo 394) que, cuando un crédito esté sometido a embargo, la compensación no tiene lugar contra dicho crédito. No obstante, pueden ser compensadas las cuotas adeudadas contra las subvenciones a percibir de cajas de enfermedad, cajas de socorros o cajas funerarias, en especial de cajas de corporaciones obreras o de cajas de asociaciones obreras. Señala también (artículo 395) que contra un crédito del Reich o de un Estado federado, así como contra un crédito de un Municipio o de otra unión comunal, sólo es admisible la compensación si la prestación ha de realizarse a la misma caja de la que ha de pagarse el crédito del compensante.

### – **Análisis.**

En nuestro análisis del artículo 1288 hemos visto bajo qué condiciones operan la compensación legal y la unilateral, las cuales, respectivamente, funcionan por mandato de la ley o por oponerse por cualquiera de las partes, siempre y cuando concurren los requisitos de reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones. Y, además, que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí.

Asimismo, hemos estudiado cómo, sin necesidad de tales requisitos, excepto el de reciprocidad, puede también operar la compensación convencional (artículo 1289), por tratarse de un acuerdo entre partes (contrato).

También hemos analizado la operatividad de la compensación en los ámbitos mercantil y bancario, así como la que se lleva a cabo al interior de las Cámaras de Compensación y, finalmente, la compensación comercial realizada entre Estados mediante los acuerdos internacionales de compensación (**clearings** internacionales).

En términos generales, resulta indiferente el origen o la causa de los créditos (o deudas) para los efectos de la compensación. En otras palabras, son irrelevantes los motivos o circunstancias por los que se generaron las obligaciones para su eventual compensación. De esta forma, como sabemos, se puede compensar el monto adeudado en virtud de un préstamo con el crédito que se tiene por concepto de pago de honorarios profesionales, o las rentas vencidas que el arrendatario debe abonar al arrendador con la suma que éste le adeude por el precio de venta de un bien.

Sin embargo, existen determinados casos en que por razones de ética, justicia, seguridad jurídica, orden público, política económica, etc., la ley considera preferible el cumplimiento total e independiente de las obligaciones, para lo cual elimina la posibilidad de que éstas se extingan a través del “doble pago ficto”. Así, en razón de los más variados motivos –los mismos que analizaremos en este artículo–, la propia ley, en forma específica, deja determinadas obligaciones al margen de la figura extintiva de la compensación.

Estos supuestos vienen a ser excepciones a todas las clases de compensación (llámense legal, unilateral o convencional), ya que ni aun concurriendo los requisitos del artículo 1288, conjuntamente con la voluntad bilateral de las partes (artículo 1289), puede operar la compensación. La norma imperativa lo prohíbe. Se trata de los llamados créditos no compensables, cada uno de los cuales, debido a su origen o fuente, no puede ser objeto de compensación bajo ninguna circunstancia.

Nuestro Código contempla, en el numeral bajo análisis, cuatro casos de créditos excluidos expresamente del ámbito de la compensación.

**(1) Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.**

Esta prohibición no se encontraba prevista en el Código Civil de 1936. El Código vigente la incluyó por considerar que contiene un evidente principio de justicia, siendo su propósito fundamental evitar un acto abusivo o ilícito, ya que de no ser así se podría atentar contra el orden público, como veremos.

El caso previsto por este primer inciso es el de un acreedor que despoja a su deudor de bienes pertenecientes a éste último, y luego pretende oponer la compensación entre lo que su deudor le adeuda y el producto de su despojo. Es decir, que el acreedor despojante –quien debe devolver o restituir el objeto del despojo– quiera compensar su obligación de entrega con el crédito que tiene contra su deudor<sup>(1)</sup>.

Sabemos que la compensación cumple una doble función de garantía y de simplificación de las operaciones. Por ello no sólo existe la compensación convencional o bilateral, que es el contrato entre partes para compensar las obligaciones mutuas, sino que la propia ley faculta a una de las partes a oponerla en forma unilateral, en caso concurren determinados requisitos. Esta última clase de compensación es la que funge de garantía para las partes contra la mala fe o la insolvencia de la contraparte. El Derecho siempre busca evitar el abuso y salvaguardar los intereses de las personas. Por ello, las instituciones creadas por él tienen un límite basado precisamente en el mismo principio que inspiró su creación. En este caso, se prohíbe la compensación para evitar el mal

---

(1) El acreedor podría pretender oponer la compensación unilateral en caso que los bienes de los que despojó a su deudor sean fungibles con los que éste le adeuda (siendo ambas obligaciones, además, líquidas y exigibles). También podría pretender presionar a su deudor para convenir en la compensación, si los bienes de ambas obligaciones no fueran fungibles entre sí. En ninguno de los dos supuestos procede la compensación.

empleo de la función de garantía, disfrazando un acto ilícito, que es el despojo. Lo expresado también se aplica, sin duda, a aquellas legislaciones que acogen la denominada compensación legal<sup>(2)</sup>.

Imaginemos que José está obligado a entregar a Antonio cien kilogramos de papa amarilla de su cosecha, en virtud de un contrato de compraventa. Antonio, por su parte, en vista de la demora de José en cumplir su obligación, ingresa a la hacienda de éste y sustrae los cien kilogramos de papa. En este caso, estaríamos ante dos obligaciones recíprocas: una, correspondiente a Antonio, de restitución de bienes de los que ha despojado a José; la otra, correspondiente a José, de entrega de bienes en mérito de un contrato de compraventa celebrado con Antonio. Ambas obligaciones son líquidas, exigibles, y los objetos de las dos prestaciones son fungibles entre sí. Entonces, Antonio decide oponer la compensación, basándose en el artículo 1288 del Código Civil.

Si nuestro ordenamiento jurídico permitiese que opere la compensación bajo semejantes circunstancias, estaría autorizando a Antonio a hacer justicia por su propia mano, me-

---

(2) Ya el Derecho Romano sancionaba este tipo de conducta, contraria a Derecho, estableciendo la prohibición, en estos casos, de compensar, basándose en el principio de que lo despojado debe ser restituido ante todo (**spoliatus ante omnia restituendus**). Posteriormente, las legislaciones modernas acogieron este aforismo, como el Código Napoléon, en su artículo 1293, el cual establece que “La compensación tiene razón, cualquier que sean las causas de una u otra de las deudas, excepto en el caso primero de la demanda de restitución de una cosa cuyo propietario fue despojado injustamente”. En la Exposición de Motivos del **Code**, Bigot-Prèameneu da la razón de esta excepción: “Bajo el pretexto que sea, el espoliador no debe estar autorizado a retener lo que él robó; el orden público lo exige. De ahí esta máxima: **Spoliatus ante omnia restituendus**”. (LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 459 y 460.).

diante un acto delictivo. Se estaría otorgando licitud a actos que claramente atentan contra el orden público y que trasgreden los principios más elementales de ética y de justicia. En lugar de recurrir a las vías legales, las personas podrían cobrar sus acreencias sustrayendo, engañando, arrebataando, hurtando, apoderándose –hasta con violencia– de los bienes de su deudor, para luego, tranquilamente y conforme a ley, oponer la compensación unilateral. El acreedor se aseguraría así el pago de su crédito, el cual tal vez sería incobrable de otra forma. Esto, evidentemente, resquebrajaría la paz social.

Asimismo, cabe preguntarse qué ocurriría con los demás acreedores que contasen con un orden preferente sobre el patrimonio de ese deudor. Este acreedor, avalado por la ley, pasaría por encima de aquéllos, cobrando su crédito como si tuviese prelación respecto a todos.

La figura de la compensación –lo reiteramos– alcanza una importancia trascendental en múltiples ámbitos; su mayor virtud radica en la simplificación de numerosas operaciones. En otras palabras, reduce significativamente los costos de transacción entre quienes se encuentran obligados de manera recíproca, los mismos que de otra forma resultarían elevados a límites socialmente inaceptables.

En resumen, la compensación es una institución enormemente eficiente. Sin embargo, de no existir una exclusión como la que nos ocupa en este acápite, tal eficiencia se vería mermada, ya que el costo social que implicaría avalar –a través de una facultad irrestricta de compensar– comportamientos antisociales (como el despojo) sería demasiado alto.

Por otra parte, consideramos que la mencionada restricción no solamente abarca la compensación entre los bienes objeto del despojo y los bienes adeudados por el propietario al autor del despojo. Esto implicaría la existencia de los bienes despojados, así como la necesidad de fungibilidad entre éstos y aquéllos. Nos parece que la **ratio legis** del dispositivo

bajo análisis incluye también la prohibición de compensar el monto adeudado por concepto de pago de indemnización de daños y perjuicios en caso de despojo, con el monto que el despojado, a su vez, independientemente, adeudase al despojante<sup>(3)</sup>.

Este caso sería el de quien despojó a otro de un bien de propiedad de éste último, y que posteriormente dispuso de dicho bien (perdiéndolo, consumiéndolo, enajenándolo, etc.), quedando obligado, como consecuencia de tales actos, al pago de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. La suma adeudada por semejante concepto no podría ser objeto de compensación con un crédito que este despojante detentase contra el despojado. La razón se basa en el mismo principio que venimos estudiando; el despojante tiene la obligación de restituir lo despojado, y de no ser esto posible, debe pagar la indemnización sustitutiva por los daños y perjuicios ocasionados, por lo que, para estos efectos, se integran ambos conceptos (la deuda original y la de daños y perjuicios), deviniendo en la imposibilidad de compensar la obligación de restituir lo despojado, así como también la de compensar la indemnización por los daños y perjuicios provenientes del despojo, con lo que –por su parte– pudiera adeudarle por otras causas el despojado.

Asimismo, consideramos que la norma no circunscribe la prohibición de compensar a los casos de despojo propiamente dicho, sino que la extiende al supuesto en que el bien haya sido obtenido del propio deudor, quien, inducido por medios engañosos, lo entregó voluntariamente a su acreedor. Sería, por ejemplo, el caso de Rosa, quien debe

---

(3) Dicho supuesto se encuentra previsto, por ejemplo, por la legislación argentina, en el artículo 824 de su Código Civil: “No es compensable la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo hubiese sido despojado.”

Nótese que la norma argentina incluye al poseedor legítimo.

1,000.00 nuevos soles a Pablo, por concepto de pago de un mes vencido de arrendamiento. Se da la circunstancia de que Rosa debe efectuar un pago de 1,500.00 nuevos soles al colegio donde estudian sus hijos, pero por determinadas razones no puede acudir físicamente a dicho centro de estudios para realizar el pago. Pablo se ofrece a hacerlo, toma el dinero, entrega a la escuela tan sólo 500.00 nuevos soles y se queda con el resto. Luego comunica a Rosa que la deuda de ésta con él mismo ha sido compensada con el dinero que le entregó, y que ahora ella adeuda al colegio 1,000.00 nuevos soles.

La interpretación restrictiva de los alcances de la norma tiene otros detractores. Refiere Llambías<sup>(4)</sup> la opinión de autores como Salvat, Llerena y Aubry y Rau, quienes sostienen que no se requiere necesariamente de un despojo para aplicar la restricción, sino que basta un incautamiento por cualquier medio sin intervención de la justicia. En cambio, señala, para otro sector de la doctrina (dentro del que se encuentran el mismo Llambías, Colmo, Segovia y Machado, entre otros), la prohibición no se aplica en caso de no mediar despojo sino “desapoderamiento” por quien hizo uso de la “justicia privada que le corresponde”. Para estos autores –en nuestro ejemplo– la compensación opuesta por Pablo podría ser válida. Nosotros consideramos que los medios engañosos son ilícitos y, por tanto, no pueden ser legitimados por el Derecho.

Por otro lado, Llambías sostiene que el impedimento para compensar afecta a quienes realizaron el despojo, es decir, al despojante y a sus eventuales cómplices, mas no a sus herederos, inocentes del delito. **Ergo**, éstos podrían oponer en compensación el crédito que tengan contra el despojado.

Discrepamos con esta última posición porque consideramos que un delito no debe tomarse en lícito bajo ninguna circuns-

---

(4) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 233.

tancia. Los herederos pueden ser inocentes del despojo, pero no por ello quedan autorizados para aprovecharse de él.

**(2) *Se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.***

Antes de entrar a la descripción del supuesto planteado por este inciso, debemos establecer algunas precisiones acerca de la delicada particularidad que envuelve a los contratos de depósito y de comodato<sup>(5)</sup>.

La obligación del depositario es de honor, por la extrema confianza que origina la obligación de custodia. En efecto, quien depositó el bien en sus manos reveló confianza absoluta. Lo mismo ocurre en el caso del comodatario, a quien el comodante benefició entregándole un bien en calidad de préstamo a título gratuito. Aquí se da inclusive un elemento adicional, cual es la gratitud que se espera por parte del comodatario. Por último, en ambos casos están de por medio principios éticos de cautela al depositante o comodante, por tratarse de obligaciones de honor. Por ello, tanto las obligaciones del depositario como del comodatario no sólo tienen contenido jurídico, sino ético y moral.

---

(5) En nuestra ley civil, el contrato de depósito se encuentra regulado por los artículos 1814 a 1856 y el contrato de comodato por los artículos 1728 a 1754. Ambos se encuentran definidos por los siguientes artículos:

**Artículo 1814.**– “Por el depósito voluntario el depositante se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.”

**Artículo 1854.**– “El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos.”

**Artículo 1728.**– “Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.”

**Artículo 1729.**– “Hay comodato de un bien consumible sólo si es prestado a condición de no ser consumido.”

Podría argüirse en contra de estas ideas, aduciéndose que la confianza es un elemento subjetivo que se presenta en las obligaciones generadas por toda clase de contratos, y no sólo en los de depósito y comodato. Por ejemplo, la compraventa a crédito. En este caso, el vendedor entrega al comprador el bien objeto del contrato sin recibir el íntegro de su contraprestación, contando con recibirla más adelante – fraccionadamente– en el tiempo, según lo convenido. Hay un elemento de confianza, que supuestamente siempre debería honrarse. Lo mismo puede ocurrir en un contrato de permuta, en uno de suministro, etc.

La confianza entraña riesgo y la sociedad lo asume, ya que de lo contrario nadie contrataría en ninguna otra forma que no fuera entregando y recibiendo los bienes objeto de la prestación y la contraprestación en el mismo momento y acto. Si la aversión al riesgo fuera absoluta, entonces las transacciones se reducirían en forma tal que el progreso sería algo muy lejano y hasta utópico. Ahora bien, por todo esto es que el Derecho ha creado formas legales de prevención en caso de que alguna de las partes actúe o pretenda actuar de mala fe, tales como los títulos-valores (de mérito ejecutivo), los diversos tipos de garantías (prendarias, hipotecarias, el contrato de fianza, etc.) y los demás recursos legales a los que se puede acudir (medidas cautelares como el embargo, el secuestro, etc., o configuración de figuras delictivas con las consiguientes sanciones penales, etc.) cuando el daño está hecho, además del efecto disuasivo de éstas últimas. Inclusive el que existan tantas y tan variadas normas de dicha naturaleza podría invitar a suponer que lo que mayormente se presume es la mala fe, antes que la buena fe, lo que desde luego no es exacto.

Nuestro Código Civil, si bien procura ser funcionalista (como puede observarse, por ejemplo, en el artículo 1970 que consagra la responsabilidad extracontractual objetiva), en el fondo es sumamente subjetivista y humanista. Su objetivismo es más bien tímido (por ejemplo, en el caso de la responsabilidad extracontractual, pues, no obstante la norma citada,

también existe otra –el artículo 1969– que de alguna forma consagra la responsabilidad subjetiva, además de los restantes artículos sobre la materia, en los que prevalece el subjetivismo), ya que a lo largo de todo el cuerpo legal encontramos normas basadas en presunciones de buena fe.

Un caso palpable de este tinte subjetivista es el inciso bajo análisis, cuyo fundamento tiene sus cimientos –como lo hemos dicho– en el honor.

Luego de estas consideraciones preliminares, analizamos suscintamente las prohibiciones a que se refiere el precepto.

Es el caso de una persona que deba a otra determinada prestación, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en virtud de un contrato de depósito o de comodato, un bien (o bienes) fungible (fungibles) con lo adeudado. Como la obligación del deudor ha vencido, entonces el acreedor decide compensar los bienes propiedad del deudor que tiene en custodia, con los que éste le adeuda.

Supongamos, para utilizar un ejemplo, que Alberto le debe a Pedro 5,000.00 nuevos soles. Asimismo, el primero entrega al segundo, en calidad de depósito, la cantidad de 4,000.00 nuevos soles. Entonces, Pedro tiene un crédito exigible a su favor de 5,000.00 nuevos soles (que Alberto se demora en pagarle), y a la vez tiene como depositario la suma de 4,000.00 nuevos soles propiedad de Alberto, la cual debe devolver. Se trata de dos obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y con prestaciones cuyos objetos son fungibles entre sí. Supuestamente, podría oponer la compensación (sería una compensación parcial), basándose en el artículo 1288 del Código, pero, por la naturaleza de su obligación, está impedido de hacerlo. La índole de esta obligación supone un criterio de confianza, de honor, mayor al de otras figuras contractuales.

Creemos que, si bien puede parecer poco funcional basar un precepto imperativo en un criterio tan puramente subjetivo, y

aun siendo proclives a que las normas sean más honestas y eficientes y menos líricas, sí consideramos necesario proveer de cierta mística de valores y principios de orden subjetivo a nuestro cuerpo legal, procurando que los mismos no caigan en meras declaraciones sin contenido realista o práctico. Los principios subjetivos, bien empleados, pueden coadyuvar a lograr un sistema eficiente.

Por ello, concluyendo esta parte del análisis, creemos que conservar como elemento fundamental de la naturaleza de estos contratos al honor, no resulta retrógrado ni obsoleto, aunque admitimos que tales criterios deben ser dosificados en forma muy restringida. En nuestro caso, por ejemplo, la obligación de entrega del deudor (Alberto) no se encuentra tan "santificada" por el honor como la obligación de entrega de su acreedor (Pedro), existiendo disparidad de condiciones para ambos. Podría considerarse esto hasta injusto, por lo que cabría cuestionar la falta de reciprocidad en cuanto al "honor" en ambas obligaciones. Sin embargo, para no desvirtuar el carácter especialmente ético y de compromiso absoluto que se desea imprimir a las obligaciones de los depositarios y comodatarios, se le confiere la carga adicional del elemento subjetivo.

Por estas razones, en opinión nuestra, resulta adecuada la norma que prohíbe expresamente la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, pero nos parecería equitativo facultar al depositario o comodatario a retener (sin disponer ni compensar) tales bienes a efectos de estimular a su deudor a realizar el pago que le adeuda<sup>(6)</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la clase de bienes depositados o entregados en comodato sujetos a la prohibición de compen-

---

(6) El derecho de retención, como sabemos, sólo faculta al acreedor a retener el o los bienes de su deudor cuando exista conexión entre el crédito y el o los bienes que se retienen, supuesto que no corresponde al caso bajo análisis.

sar, ésta se aplica a bienes de todo tipo, fungibles e infungibles, si se trata de la compensación convencional. Para el caso de la compensación unilateral, evidentemente la prohibición se refiere a los objetos de las prestaciones fungibles entre sí, pues en ningún caso se podría oponer la compensación del artículo 1288 si se tratase de objetos no fungibles entre ellos. Lo mismo sucedería, desde luego, en el caso de la compensación legal<sup>(7)</sup>.

Recordamos que, en el caso del contrato de comodato o préstamo de uso, los bienes que el comodatario está obligado a devolver son los mismos que se le entregaron, sean consumibles o no. Como el contrato de mutuo es muy similar al de comodato, con la diferencia de que los bienes consumibles que el mutuuario está obligado a devolver sean exactamente iguales a los recibidos, consideramos que se debería incluir en la referida prohibición a éste último contrato, siempre y cuando sea a título gratuito, por las mismas razones por las que se otorga tal **status** al contrato de comodato.

Por último, es nuestro parecer que, al igual que en el primer inciso de este artículo, la exclusión de la compensación no debe restringirse a la restitución del bien, sino que debe comprender también al monto de los daños y perjuicios correspondientes en caso de pérdida del bien en poder del comodatario o del depositario.

### (3) *Se prohíbe la compensación del crédito inembargable.*

El crédito inembargable tampoco resulta susceptible de compensar. Si bien se puede llegar a esta premisa mediante un razonamiento lógico-jurídico (ya que no estando los créditos

---

(7) Remitimos al lector a lo manifestado al analizar el requisito de fungibilidad del artículo 1288.

inembargables comprendidos en la prenda común de los acreedores, no pueden ser empleados para su pago y, siendo la compensación un doble pago abreviado, ella se descarta naturalmente respecto de tales créditos), es conveniente su inclusión expresa en la norma, debido al delicado carácter intangible del crédito inembargable, cuya protección por el Derecho debe ser prioritaria en relación con otros derechos patrimoniales.

Así, si se adeuda lo inembargable, no cabe otra cosa que pagar, no sólo porque este tipo de crédito no responde ante los acreedores, sino porque la ley quiere impedir que el acreedor sea privado del beneficio que le otorga el crédito inembargable. Por ello la compensación resulta inadmisibles en este supuesto, ya que de lo contrario se presentaría la situación que, en lugar de cobrar efectivamente su crédito inembargable, el acreedor únicamente se vea liberado de su deuda.

Es el caso, por citar un ejemplo, de las pensiones alimentarias, las cuales constituyen el crédito inembargable por excelencia. El Código Civil Peruano de 1936, en su artículo 1295, inciso 2, correspondiente a los supuestos en los que se prohíbe la compensación, prescribía específicamente la prohibición de compensar las pensiones alimenticias<sup>(8)</sup>. El acreedor que a su vez sea deudor de una pensión de ali-

---

(8) La prohibición específica de compensar las deudas de alimentos tiene su origen en normas como las del Código Francés y el Código Español:

**Artículo 1293** (Código Civil Francés).- "La compensación tiene lugar, sean cuales sean las causas de una u otra de las deudas, excepto en el caso:

1° De la demanda de restitución de una cosa cuyo propietario haya sido despojado injustamente.

2° De la demanda de restitución de un depósito o de un comodato.

3° De una deuda que tenga por causa alimentos declarados inembargables." (El subrayado es nuestro.).

**Artículo 1200** (Código Civil Español).- "La compensación no proce-

mentos no puede invocar la compensación para negarse a pagar las cuotas de dicha pensión hasta la concurrencia de su propio crédito, pues esto equivaldría a embargar tal pensión que debe para cobrar lo que a él se le adeuda, y no para servir a la alimentación del pensionista. Por ser una aplicación particular del principio general que hemos mencionado anteriormente, referido a la incompensabilidad del crédito inembargable, el Código Civil de 1984 prefirió establecer la prohibición general, dejando que sean normas específicas sobre distintas materias las que indiquen cuáles créditos son inembargables.

El numeral bajo análisis representa, pues, un significativo avance respecto del Código Civil de 1936, ya que no se circunscribe sólo a las pensiones alimenticias, no obstante ser éstas, como dijimos, el más representativo crédito inembargable<sup>(9)</sup>.

---

derá cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario.  
Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito." (El subrayado es nuestro).

- (9) En la actualidad esta prohibición se encuentra específicamente regulada en nuestro Código Civil en el artículo 487, dentro del Capítulo correspondiente a Alimentos: "El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable." Resulta mucho más eficiente que cada Libro, Título o Capítulo del Código establezca los derechos inembargables, irrenunciables, intransigibles, etc., que le correspondan, ya que con el tiempo y el avance del Derecho los Libros del Código pueden irse modificando; se puede ir ampliando el espectro de derechos que revistan determinadas características, o se pueden ampliar las atribuciones a derechos ya consagrados. Cada tema debe, pues, estar regulado en su totalidad en el Libro, Título o Capítulo que le corresponde. Por ejemplo, el caso que nos ocupa, del carácter del derecho alimenticio, es fácilmente ubicable en el numeral señalado, como lo demuestra la Ejecutoria del 10 de marzo de 1987, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", número 14891, con fecha 2 de marzo de 1988: "El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable, conforme lo dispone el artículo 487 del Código Civil."

Respecto del crédito proveniente de la obligación alimentaria, un sector de la doctrina se encuentra a favor de que la imposibilidad de compensar tal deuda se limite a las deudas por vencer, pues son las únicas que el acreedor (alimentario) necesita para vivir. Las deudas vencidas, bajo esta perspectiva, no son indispensables para su subsistencia, puesto que lo hizo (sobrevivió) sin haberlas obtenido ("**Nemo vivit in proeteritum**"). Otro sector de la doctrina se inclina hacia una posición intermedia o ecléctica, postulando circunscribir la prohibición a las deudas recientemente vencidas, ya que las deudas por vencer, al no ser aún exigibles, no podrían de todas maneras ser compensadas. Las deudas recientemente vencidas pueden todavía ser necesarias para el alimentista, mas no las que han vencido con una mayor antelación en el tiempo. Se considera, asimismo, un factor determinante en la discriminación de los alimentos pasibles de ser compensados, el comportamiento del acreedor de éstos, es decir, evaluar si dicho alimentista ha incurrido en una inacción injustificada para el cobro de sus alimentos, o si – por el contrario– no ha mediado negligencia de su parte en tal cobro.

Creemos, al igual que otros autores, que el espíritu de la ley se centra en la protección del crédito de alimentos y en asegurar su percepción por el beneficiario. Para tal efecto, por ende, resultan irrelevantes los factores subjetivos de diligencia y preocupación del acreedor en el cobro de su crédito. Tampoco interesa a la ley que se trate de cuotas ya devenidas o futuras, en tanto las que ya vencieron no hayan caducado por el transcurso del tiempo. La norma establece claramente que el derecho de pedir alimentos es incompensable, lo que equivale a decir que si el alimentista fuese deudor de la persona que le debe alimentos, no podría producirse la compensación. Ninguna de las partes podría oponerla, invocando el artículo 1288, ni tampoco pueden acordar hacerlo según el numeral 1289. Reforzamos esta idea con las palabras del Doctor Manuel Augusto Olaechea, quien sostenía que, en el caso de las pensiones alimenticias, la razón para la prohibición de compensar es aún más

profunda que para el supuesto de los bienes depositados, pues el alimento es la vida, por lo que no se podría compensar con la pensión de alimentos, ya que ello significaría el final del principio del motivo de la vida.

Otro crédito inembargable y, por tanto, incompensable, es el proveniente de una relación laboral. Sería el caso, por ejemplo, de un empleador que debe abonar a su trabajador una renta derivada de un accidente de trabajo. Este crédito del trabajador es inembargable (salvo un porcentaje por concepto de pensiones alimenticias), y el empleador no podría oponer la compensación de dicha obligación a otra que le adeude el primero, como sería un préstamo, un adelanto de sueldo, etc. Tal compensación vendría a ser una retención indebida.

Un claro caso de crédito no compensable es el del crédito inexigible que resulta de las obligaciones naturales. La *inexigibilidad de éstas genera su inembargabilidad*. Nadie puede exigir, en consecuencia, embargar y, por tanto, compensar una deuda prescrita, ni tampoco una deuda proveniente del juego y apuesta no autorizados ni prohibidos.

En resumen, todo crédito que la ley señale como inembargable, será incompensable.

En nuestro Código Civil existen, a lo largo de los diferentes Libros que lo integran, disposiciones que prescriben la inembargabilidad de determinados créditos o bienes. Así, por ejemplo, encontramos en el artículo 136<sup>(10)</sup> el caso de la inembargabilidad de las tierras pertenecientes a las Comunidades Campesinas y Nativas, norma hoy derogada por la

---

(10) **Artículo 136.-** “Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú.  
Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.” (El subrayado es nuestro.).

Constitución Política de 1993 y por la ley N° 26505 del 18 de julio de 1995.

Otros casos de bienes o derechos inembargables, establecidos por las normas del Código Civil, son la porción calificada como tal –inembargable– del usufructo legal de los bienes de los hijos que se encuentren bajo la patria potestad del o de los padres<sup>(11)</sup>, y finalmente el patrimonio familiar<sup>(12)</sup> y hasta la tercera parte de sus frutos.

La norma que en nuestro ordenamiento jurídico enumera en forma ordenada (en un solo artículo) a los bienes calificados de inembargables es el Código Procesal Civil (Decreto Legislativo N° 768, el mismo que entró en vigencia el día 28 de julio de 1993), a través de su artículo 648.

Según este cuerpo normativo, son inembargables (y, por ende, no susceptibles de ser objeto de compensación) los siguientes bienes:

1.– Los bienes del Estado, así como los frutos que generen.

Las resoluciones judiciales o administrativas, consenti-

---

(11) **Artículo 439.-** “El usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437.” (Estas obligaciones son las que pesan sobre todo usufructuario, salvo la de prestar garantía, y los gastos de los hijos por concepto de alimentos).

(12) **Artículo 488.-** “El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y trasmisible por herencia.” (El subrayado es nuestro).

**Artículo 489.-** “Puede ser objeto del patrimonio familiar:

1. La casa habitación de la familia.

2. Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.”

**Artículo 492.-** “Los frutos del patrimonio familiar son embargables hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias.” (El subrayado es nuestro.).

das o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que corresponda.

- 2.- Los bienes constituidos en patrimonio familiar. No obstante, las dos terceras partes de los frutos que estos bienes generen sí pueden ser objeto de embargo, pero únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias.
- 3.- Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia. No obstante, los frutos que estos bienes generen pueden ser objeto de embargo.  
Asimismo, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos, estos bienes pueden afectarse.
- 4.- Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado. Sin embargo, los frutos que estos bienes generen pueden ser objeto de embargo. Igualmente, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos, estos bienes pueden afectarse.
- 5.- Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. No obstante, pueden afectarse los frutos que estos bienes generen.
- 6.- Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Asimismo,

son embargables los frutos que se generen de estos conceptos.

Cuando se trate de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

- 7.- Las pensiones alimentarias. Sin embargo, los frutos que éstas generen son embargables.
- 8.- Los bienes muebles de los templos religiosos. Pero sus frutos sí pueden afectarse.
- 9.- Los sepulcros, mas no los frutos que éstos pudiesen generar.

Lo relativo a la inembargabilidad de los bienes del Estado, por sus connotaciones políticas, sociales y económicas, reviste particular importancia dentro de la actual coyuntura. En nuestro país, este tema ha sido y sigue siendo objeto de controversia y discrepancias<sup>(13)</sup>.

---

(13) Por tratarse de un asunto de interés nacional, cuya regulación se encuentra actualmente en proceso de debate, resulta necesario detenernos un poco más en su análisis y evolución legislativa.

El Código de Procedimientos Civiles (que nos rigió hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1993), en el artículo correspondiente a los bienes no embargables, establecía lo siguiente:

**Artículo 617:** "No son embargables:

- 1° Las cosas públicas y las destinadas al culto;
- 2° Los sepulcros, si no es que se reclama el precio de la venta o construcción de los mausoleos;
- 3° El lecho cotidiano, los vestidos, muebles y utensilios de uso indispensable del deudor, su cónyuge e hijos;
- 4° Las dos terceras partes de los emolumentos, sueldos y rentas de los funcionarios y empleados de toda clase y de los beneficiados, aunque haya pacto en contrario; pero puede embargarse una de esas dos terceras partes, por deudas provenientes de pensiones alimenticias, cuando la tercia de libre ejecución está ya embargada por un acreedor de distinto orden;

Los bienes del Estado, como hemos visto, son considerados inembargables en su totalidad por la norma adjetiva; sin embargo, ésta última ha sido declarada inconstitucional por el órgano competente, pero a la fecha no existe una ley especial que subsane este vacío en el Perú. Mientras tanto, no

- 
- 5° Los instrumentos y útiles necesarios para la enseñanza o el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que el deudor está dedicado;
  - 6° Los animales, máquinas e instrumentos indispensables al ejecutado para el ejercicio de la agricultura, minería u otra industria a que esté consagrado;
  - 7° La máquina, aparejos, vituallas, armamentos y pertrechos de las naves;
  - 8° Los libros de los jueces, profesores y demás personas que ejercen profesiones liberales o literarias y de los estudiantes, y que sean necesarios para el ejercicio de su profesión o para su aprendizaje;
  - 9° El uniforme de los funcionarios y empleados públicos en ejercicio;
  - 10° Las armas, caballos, uniformes y equipos de los militares en actual servicio;
  - 11° Las condecoraciones acordadas por la Nación al ejecutado o a sus antepasados;
  - 12° Los bienes destinados a un servicio público o comunal que no pueda paralizarse sin perjuicio del tráfico o la higiene, como ferrocarriles, empresas de agua potable o desagües de las ciudades, cementerios, mercados y otros semejantes; pero puede embargarse la renta líquida que produzcan, en forma de intervención;
  - 13° Los derechos de uso y habitación;
  - 14° Las pensiones de alimentos y de montepío, y la renta vitalicia si el que la constituyó a título gratuito dispuso al tiempo de otorgarla que no estaría sujeta a embargo, o cuando se haya constituido para alimentos, pero pueden ser embargadas por deuda alimenticia, y en este caso, sólo en la tercera parte;
  - 15° Las sumas que se debe pagar a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos;
  - 16° Los demás bienes que leyes especiales prohíben embargar.”

En julio del año 1993 el Código Procesal Civil abrogó al Código de Procedimientos Civiles, regulando lo relativo a los bienes no embargables, sin mencionar a los bienes públicos. El texto del artículo pertinente era el siguiente:

es posible embargar dichos bienes, por lo que tampoco pueden ser objeto de compensación. Al ser promulgada la ley que determine taxativamente los bienes pasibles de embargo, con la salvedad del inciso 4 del artículo bajo análisis, se podrá establecer con exactitud los casos en que la compen-

---

**Artículo 648.**– “**Bienes inembargables.**

Son inembargables:

- 1.– Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492 del Código Civil;
- 2.– Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;
- 3.– Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;
- 4.– Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;
- 5.– Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.  
Cuando se trate de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;
- 6.– Las pensiones alimentarias;
- 7.– Los bienes muebles de los templos religiosos; y
- 8.– Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 2 y 3, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables.”

Como se observa, el Código no hace referencia alguna a los bienes del Estado.

El mismo año 1993, entró en vigencia la más reciente Constitución Política del Perú. En dicho texto constitucional se hace referencia a la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público, con lo cual se extiende la categoría de inembargables (y, por tanto, de incompensables) a esa clase de bienes. El texto del mencionado precepto constitucional es el siguiente:

**Artículo 73.**– “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a

sación puede operar cuando el Estado se encuentre como parte de la relación obligacional.

Ahora bien, cabe la posibilidad de considerarse que, dada la prohibición general de compensar el crédito inembargable, sería más adecuado que en lugar de aparecer la inembarga-

---

particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.” Posteriormente, el 22 de abril de 1996, el numeral 648 del Código adjetivo fue modificado según el artículo primero de la Ley N° 26599, incorporando, en su primer inciso, a la totalidad de los bienes del Estado:

**Artículo 648.- “Bienes inembargables.** Son inembargables:

1. Los bienes del Estado.

Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan.”

Asimismo, en el último párrafo del artículo modificador se establece la inembargabilidad de los frutos de los bienes del Estado (“También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables, con excepción de los que generen los bienes señalados en el inciso 1.”).

Debido a esta discrepancia entre la Constitución y la mencionada Ley N° 26599, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 30 de enero de 1997, declaró la inconstitucionalidad de dicha ley (la misma que, como señalamos, modificó el mencionado artículo 648 del Código Procesal Civil, declarando inembargables los bienes del Estado). Transcribimos la referida Resolución del Tribunal Constitucional, puesto que ésta resulta de especial relevancia para la aplicación del artículo 648 del Código Procesal Civil:

**DECLARA FUNDADA EN PARTE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA LA LEY N° 26599, QUE DECLARA INEMBARGABLES LOS BIENES DEL ESTADO.**

**Sentencia del Tribunal Constitucional**

Publicada el 7 de marzo de 1997

EXPEDIENTE N° 006-97-AI/TC-LIMA.

En Lima a los treinta días del mes de enero de mil novecientos noventa y siete, reunidos en SESION DE PLENO JURISDICCIONAL, con asistencia de los señores Magistrados:

NUGENT, PRESIDENTE;

bilidad en su sentido negativo, vale decir, como prohibición, figurase la embargabilidad del crédito como requisito positivo, para que pudiese operar la compensación. De esa forma, aparecería como una condición más entre las de reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones, además de la fungibilidad y homogeneidad del objeto de sus prestaciones.

---

ACOSTA SANCHEZ, VICEPRESIDENTE;  
AGUIRRE ROCA;  
DIAZ VALVERDE;  
REY TERRY;  
REVOREDO MARSANO;  
GARCIA MARCELO;

actuando como Secretaria Relatora la doctora María Luz Vásquez pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto del magistrado García Marcelo.

**ASUNTO:**

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por treintidós señores Congresistas contra la Ley N° 26599 que modifica el artículo 648°, inciso 1), del Código Procesal Civil.

**ANTECEDENTES:**

Admitida la demanda mediante resolución del Tribunal Constitucional de fecha veintitres de octubre de mil novecientos noventa y seis suscrita por treintidos señores Congresistas que representan más del veinticinco por ciento del número legal de miembros del Congreso, cumpliéndose con lo dispuesto por el numeral 4 del Artículo 25 de la Ley N° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, ordenándose luego correr traslado de la misma al Congreso de la República.

En su escrito de demanda solicitan los accionantes que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 26599 que modificó el Artículo 648°, inciso 1), del Código Procesal Civil donde se precisa qué bienes son inembargables. La Ley materia de la presente acción modifica el inciso primero por el texto siguiente: "Bienes inembargables.- Son inembargables: 1. Los bienes del Estado.- Las resoluciones judiciales o administrativas consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan".

Aducen los demandantes que la Ley que motiva la presente acción, vulnera la Constitución Política del Estado por trasgredir los preceptos siguientes: el derecho de la igualdad ante la ley; el principio de observancia al debido proceso y tutela jurisdiccional; el principio de

Sin embargo, a pesar de catalogar esa alternativa como posible, nos parece más claro que esté regulada en su sentido negativo, como restricción, ya que de esa forma la prohibición, inequívocamente, comprendería todos los tipos de com-

---

independencia de la función jurisdiccional; y los alcances de inalienabilidad de los bienes del Estado.

Absolviendo el trámite de contestación a la demanda, el Congreso de la República, a través de su apoderado, Oscar Medelius Rodríguez, Congresista de la República, la niega y contradice, y solicita se declare infundada en todos sus extremos; por los siguientes fundamentos:

Que la Ley N° 26599 no vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues la normatividad vigente plantea una diferencia de trato respecto del Estado en cuanto a la disposición de los recursos públicos. Que es falso que con la acotada norma el cumplimiento de las resoluciones judiciales quede supeditado a la decisión de la administración que es una de las partes en el proceso y que más bien ordena cumplir los fallos judiciales con recursos presupuestados.

Que la Ley N° 26599 no propicia el sometimiento del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, pues no se contraponen a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, y más bien establece los mecanismos para el cumplimiento de los fallos judiciales.

**FUNDAMENTOS:**

Habiendo examinado los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación a la misma así como los argüidos a la vista de la causa, y los propios de los señores Magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, habiéndose efectuado la votación en el Pleno convocado, para tal efecto, por el Presidente del Tribunal, el día treinta de enero de mil novecientos noventa y siete, el Tribunal Constitucional haciendo uso de las atribuciones que le confiere la Constitución y su Ley Orgánica; y

**CONSIDERANDO:**

Que, los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público; sobre los primeros, el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter tuitivo y público.

El Artículo 73° de la Constitución Política del Estado establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles deduciéndose de ello que no gozan de aquellas inmunidades los bienes que conforman el patrimonio privado del Estado.

La Ley N° 26599 que modifica el Artículo 648° del Código Procesal Civil ha otorgado a los bienes de dominio privado aquella inmunidad que la Constitución otorgó únicamente a los bienes de dominio público.

pensación (legal, unilateral, convencional, etc.). En otras palabras, el crédito inembargable no se podría compensar bajo ninguna circunstancia, siendo nulo todo pacto en contrario.

**(4) *Se prohíbe la compensación entre los particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.***

La prohibición de compensar con el Estado es un tema con diversidad de aristas, en especial debido a que su regulación

---

Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el **ius imperium**, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea este el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la Seguridad Jurídica.

De continuar vigente la Ley, en cuanto se refiere al inciso primero, daría lugar a que no exista una seguridad jurídica ya que vano sería accionar contra el Estado, que de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, esto daría lugar para pensar o creer, con fundamento, que la persona que entable demanda al Estado no tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; y no habría una igualdad de condiciones, y se presentaría una credibilidad dudosa para el cumplimiento de las sentencias.

El fin de un proceso es abstracto, es lograr la paz social en justicia. ¿No sería así innecesario accionar contra el Estado para que cumpla una obligación? El Estado sí puede accionar contra una persona y de ser vencedor puede ejecutar la sentencia, lo que no sucede si el Estado es el enjuiciado y vencido.

Ello vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues pretende esta-

suele corresponder –al igual que en el caso de la inembargabilidad de los bienes del Estado, analizado en el inciso anterior– a coyunturas políticas, razón por la cual consideramos pertinente realizar una breve reseña de la evolución legislativa de esta norma en nuestro país.

Veremos cómo los fundamentos que sostienen la lógica de

---

blecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable, violándose de ese modo los Convenios, Pactos, Protocolos y Tratados de Derechos Humanos en los que es parte el Estado Peruano, en los que se reconoce y garantiza el derecho a la igualdad de las personas ante la Ley. De continuar la vigencia del inciso primero se estaría afectando el desarrollo o resultado del proceso.

Un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas, debidamente, vale decir en forma igual para los litigantes demandante y demandado; el Juez tiene la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir, con esta ley y mediante el inciso primero del Artículo 648° del Código Procesal Civil que ahora se examina, no se le deja administrar justicia en forma independiente. ¿Cómo hará el Juez para hacer cumplir un fallo si esta ley le prohíbe ejecutarla, en caso de ser el Estado el obligado?

¿Tendría razón de ser un proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso, pues sería inconcluso hasta que sea atendido con la partida nuevamente presupuestada del Sector al que corresponda el organismo estatal enjuiciado. De ser así, sería una sentencia meramente declarativa; pero paradójicamente sí se podría ejecutar de inmediato, de ser el caso, si se tratara de un litigante común y corriente el vencido.

El Estado es el primero que debe cumplir la ley, así como exige que todos los ciudadanos la cumplan, y por ser un derecho fundamental y natural: la Igualdad de las personas ante la Ley.

En consecuencia, la presente acción de Inconstitucionalidad debe ser declarada fundada en parte, pues del tenor de la demanda se entiende que la acción de inconstitucionalidad se refiere a la totalidad de la Ley N° 26599, ello importaría dejar sin efecto la totalidad del Artículo 648° del Código Procesal Civil; de ocurrir ello, los demandantes habrían propiciado una situación aun más grave en el sistema procesal civil, que el citado inciso primero.

De conformidad con el último párrafo del Artículo 36° de la Ley N° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, este Colegiado en las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, en todo o en parte de una norma, puede resolver además, lo concerniente a si-

esta prohibición se encuentran estrechamente relacionados, y hasta se confunden, con los que señalan a los bienes del Estado como inembargables. La diferencia sustancial radica que, en el presente inciso, la prohibición se orienta a la calidad –pública o privada– de los sujetos participantes en la relación obligacional, en tanto que, en el caso del crédito inembargable compuesto por los bienes del Estado, la prohi-

---

tuciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia; por consiguiente es conveniente precisar dichas situaciones de carácter transitorio en la presente acción, en concordancia con el Artículo 204° de la Constitución Política del Estado, cuyo último párrafo: “No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, haciendo uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica.

**FALLA:**

Declarando FUNDADA en parte la demanda que pide que se declare inconstitucional la Ley N° 26599, en cuanto ella introduce el actual inciso primero en el Artículo 648° del Código Procesal Civil, con el tenor siguiente: “Son inembargables: 1. Los bienes del Estado. Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan”; precisando que subsiste la vigencia del Artículo 73° de la Constitución según el cual son inembargables los bienes del Estado de dominio público e INFUNDADA la demanda en lo demás que contiene.

Señores:

NUGENT; ACOSTA SANCHEZ; AGUIRRE ROCA; DIAZ VALVERDE; REY TERRY; REVOREDO MARSANO; GARCIA MARCELO.

**FUNDAMENTO DEL VOTO, CONCORDANTE CON EL DE LA MAYORÍA, QUE SUSCRIBE EL MAGISTRADO GARCIA MARCELO.**

En el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26599, que modifica el Artículo 648° del Código Procesal Civil, mi voto, concordante con el de la mayoría, si bien coincide con la parte considerativa de la sentencia, no obstante, difiere, parcialmente, de su parte resolutive, que declarando parcialmente fundada la de-

bición de compensar es indiferente a los sujetos que intervienen, circunscribiéndose a los bienes en sí.

El antecedente inmediato de este precepto se encuentra en el Código Civil de 1936.

---

manda, no se pronuncia respecto de las situaciones jurídicas producidas por dicha ley inconstitucional mientras estuvo en vigencia, conforme lo ordena el Artículo 36° de la Ley N° 26435, Orgánica de este Colegiado.

En realidad se trata, como se puede ver, más que de un disentimiento sobre la referida parte resolutive, de la advertencia de una omisión en ella, en la que estimo que la ausencia de pronunciamiento, pudiera producir un desconcierto entre los jueces y magistrados del Poder Judicial, en los procesos en los que el Estado haya sido parte.

En tal sentido, y según se está también, a lo dispuesto por el Artículo 204° *in fine* de la Constitución, que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional la Ley N° 26599, que modifica el Artículo 648° del Código Procesal Civil, no significa que durante el tiempo que esta ley se encontraba en vigencia, las situaciones jurídicas producidas durante su vigencia cambien, pues, los procesos iniciados, tramitados y culminados encontrándose vigente esta ley, siguen rigiéndose por la misma, sin que quepa posibilidad alguna de que por virtud de la sentencia de este Colegiado, se asigne carácter retroactivo a su fallo. Desde luego que todo este asunto, no es una cuestión baladí, sino que está en la esencia misma del sistema de monopolio, se le ha conferido: el que sus sentencias no declaran la nulidad de las normas impugnadas (en caso de sentencias estimatorias), sino la anulabilidad de las mismas, tópico totalmente distinto, y si más bien, necesario de precisar.

Señor:

GARCIA MARCELO.

En atención a esta Sentencia del Tribunal Constitucional, el Congreso, en aplicación de la Ley N° 26756, ordenó la conformación de una Comisión encargada de proponer al Congreso un Proyecto de Ley de Bienes del Estado, en la que se determinen los bienes que pueden ser materia de embargo, y los procedimientos a seguir en el caso de embargo de un bien de propiedad del Estado.

Dicha Ley deberá determinar específicamente –si se llega a elaborar– qué tipo o categoría de bienes del Estado pueden ser calificados de embargables.

Mientras tanto (y hasta la fecha esta situación se mantiene), el ac-

El Doctor Manuel Augusto Olaechea sustentaba esta prohibición en los siguientes términos<sup>(14)</sup>:

“El Proyecto incluye en el número de las deudas incompensables las que coexisten entre los particulares y el Estado. El fundamento de la prohibición reside en las mismas consideraciones que sustentan el artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles que prohíbe la acción ejecutiva contra la Hacienda Nacional.

El Código Alemán autoriza la compensación contra los créditos del Imperio o de alguno de los Estados o Municipios, cuando la prestación se refiere a la misma Caja que debe pagar el crédito que se le opone. El Código Suizo prohíbe la compensación de las acreencias de derecho público. El del Brasil establece que los derechos fiscales de la Nación, de los Estados y Municipalidades, no podrán ser objeto de compensación sino en los casos previstos por las leyes y reglamentos de Hacienda. Y el Argentino dispone que las deudas y créditos de particulares y del Estado no son compensables si las deudas de particulares provienen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales, o de contribuciones directas o indirectas, o de alcances de otros pagos que deben efectuarse en las aduanas; si las deudas y créditos no son del mismo departamento o ministerio; y si los créditos de parti-

---

cionante que solicite al juez el cumplimiento de una resolución judicial que ordena al Estado el pago de una obligación —y no sea posible su ejecución al no existir recursos presupuestados para atenderlo—, debe pedir al juez que requiera al titular del pliego a fin de que, bajo su responsabilidad, señale la partida presupuestaria específica en el presupuesto de su Sector, susceptible de ser afectada con orden de embargo. La misma Ley indica que, de no existir recursos susceptibles de afectación, el accionante podrá solicitar al juez requiera al titular del pliego a fin de que disponga, bajo su responsabilidad, la inclusión prioritaria del adeudo pendiente, en una partida específica para los siguientes ejercicios presupuestarios. Esta situación se mantiene vigente a la fecha.

- (14) OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Proyecto de Libro Quinto del Código Civil, Página 31.

culares se encuentran comprendidos en la consolidación de créditos contra el Estado que hubiere ordenado la ley.”<sup>(15)</sup>

- (15) El Doctor Manuel Olaechea desarrollaba de modo más extenso sus consideraciones con respecto a la prohibición contenida en el inciso bajo análisis, en un memorándum al interior de la Comisión que elaboró el Código Civil de 1936 (OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852. Op. cit., Fascículo VI, Páginas 96 a 98):

“El Anteproyecto incluye en el número de las deudas que no son compensables las que existen entre el Estado y particulares. El carácter absoluto de la prohibición adoptada reposa en las mismas consideraciones que sustentan al artículo 604 del Código de Procedimientos Civiles, por el cual se prohíbe la acción ejecutiva contra la Hacienda Nacional.

La Exposición de Motivos de este Código, dice:

‘El fundamento de esta prohibición descansa en un precepto constitucional, en una presunción de derechos y en las conveniencias públicas. Nuestra carta política estatuye que es atribución del Congreso reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla y amortizarla. (Artículo 53, inciso 7). (La Constitución promulgada en 1920 contiene idéntico precepto). Si el crédito a cargo del Fisco cuyo pago se reclama, es contencioso, está expedita la jurisdicción de los tribunales para conocer del asunto hasta el pronunciamiento de la sentencia que declare el derecho; pero obtenida la ejecutoria, no puede el acreedor hacerla efectiva por el procedimiento común de la ejecución de sentencias, sino que debe ocurrir al Congreso para que determine el modo y forma de efectuar el pago; siendo este último, el camino que corresponde seguir a todos los acreedores del Estado, aunque su derecho conste de instrumentos ejecutivos, por el fin jurídico de éste y el destino público de sus bienes y rentas.

De hacerse el pago ejecutivamente a favor de un interesado, por providencia de un tribunal —dice una real orden española de 28 de febrero de 1844— vendría a seguirse que aquel estaría facultado para pedir, y los tribunales para otorgar, el total aniquilamiento de los intereses del Estado; y de aquí resultaría que, en beneficio de algunos particulares, y por sentencia de los tribunales, serían desatendidas y abandonadas las atribuciones públicas más privilegiadas y perentorias, y que las leyes quedarían sin valor ni fuerza por acuerdo de unos cuerpos que reciben su poder y sus facultades de ellas mismas.

La ley presume que el Estado no necesita ser requerido para el pago de sus deudas; que cumple sus obligaciones en conformidad

Por otro lado, el Doctor León Barandiarán apoyaba la norma bajo comentario desde un ángulo distinto, no tanto desde un

---

a sus facultades; y no autoriza a acreedor alguno a embargar, en su exclusivo provecho, las entradas de Aduana, o cualesquiera otros bienes o rentas fiscales paralizando la marcha de la administración y el desarrollo de las energías nacionales, y comprometiendo la tranquilidad pública y aun la existencia del Estado.

La presunción de regularidad de los actos de la autoridad pública, podría, sin embargo, ser desvirtuada, si el acreedor lograra que el Congreso reconozca su crédito y consigne en el Presupuesto General la respectiva partida para cancelarlo en todo o en parte, y el Gobierno descuidase o retardase su pago. Aún así, no procedería la ejecución contra la Hacienda Nacional: 1° Por lo anteriormente expuesto; 2° Porque la ejecución de la ley de Presupuesto, es del exclusivo resorte de la Administración; y la responsabilidad en que incurren los altos funcionarios del Estado por la infracción de esa como de cualquiera otra ley, no puede hacerse efectiva, sino en el modo y forma que determina la Constitución y las leyes especiales; y 3° Porque no habría manera de hacer práctica la ejecución forzada.

Pero como las leyes otorgan a las Beneficencias, Municipalidades, establecimientos de instrucción y a los menores, los mismos privilegios de que en general gozan los intereses fiscales, este Código agrega que, la prohibición aludida no se extiende a favor de ninguna otra persona o institución; porque ninguna de ellas puede invocar en su apoyo las razones en que ese privilegio excepcional se funda.'

El Código Alemán autoriza la compensación contra los créditos del Imperio o de alguno de los Estados confederados, y contra los créditos de un Municipio, cuando la prestación incumbe a la misma Caja en que deba pagarse el crédito de aquel que oponga la compensación (artículo 395).

El Código de Suiza sólo prohíbe la compensación de las acreencias derivadas del derecho público en favor del Estado y de los Municipios (artículo 125).

El Código del Brasil establece que los derechos fiscales de la Nación, de los Estados y de los Municipios, no podrán ser objeto de compensación sino en los casos previstos por las leyes y reglamentos de Hacienda (artículo 1017).

Y el Código Argentino establece que las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes: 1° Si las deudas de los particulares provienen de remates de cosas del Estado, o de rentas fiscales, o si proviniesen de contribuciones directas o indirectas, o de alcance de otros pagos que deban hacerse en las Aduanas, como derechos de almacenaje, depó-

punto de vista político, sino más bien funcional. El citado jurista<sup>(16)</sup> sostenía lo siguiente:

“El temperamento mismo adoptado, que se halla en el inciso 3 del artículo 1295, no requiere mayormente ser explicado. El Estado es por definición solvente y se halla en capacidad de pagar sus obligaciones. De ahí que no haya embargo contra él. La necesidad de que no se paralice el funcionamiento de los servicios públicos a cargo del Estado, explica que se quiera que las fuentes de ingresos fiscales emanantes de las contribuciones que paguen los particulares, no dejen de seguir suministrando tales ingresos.

De lo anterior deriva que no cualesquiera deudas de particulares en favor del Estado deberán ser incompensables, sino sólo aquellas que importen verdaderamente deudas fiscales, conforme a la indicación en tal sentido del artículo 1017 del Código Civil del Brasil. Mas, el inciso 3 del artículo 1295 ahora comentado se refiere en forma general a las deudas entre los particulares y el Estado.”

Las razones expuestas por el Doctor Manuel Augusto Olaechea fueron las que determinaron el espíritu y la redacción del artículo 1295 del Código Civil de 1936<sup>(17)</sup>. Este precepto se inclinó por la prohibición absoluta de compensar cualquier deuda entre los particulares y el Estado, en con-

---

sito, etc.; 2º Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio; y 3º En el caso que los créditos de los particulares se hallen comprendidos en la consolidación de los créditos contra el Estado, que hubiese ordenado la ley.

Hemos preferido la solución absoluta que el Anteproyecto preconiza, tanto para vigorizar la acción del Estado como para impedir abusos peligrosos.”

(16) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Efectos, Tomo II, Página 514.

(17) **Artículo 1295.**— “Se prohíbe la compensación:

1º En la restitución de un depósito, o de un comodato;

2º En las pensiones alimenticias;

3º Entre los particulares y el Estado.” (El subrayado es nuestro.).

cordancia con el Código de Procedimientos Civiles, vigente en la época, el cual establecía que contra la Hacienda Nacional no había acción ejecutiva ni tampoco embargo preventivo, en ningún caso. Según la Constitución Política de 1933, quien tenía un crédito contra el Estado requería acudir al Congreso, el mismo que debía primero reconocer la deuda nacional y luego, en caso de hacerlo, señalar los medios para consolidarla y/o amortizarla. Suponiendo que el crédito hubiese sido reconocido por sentencia con autoridad de cosa juzgada, el acreedor no podía exigir su pago por el procedimiento regular de ejecución de sentencia, sino que nuevamente era el Congreso el órgano que debía proveer en el presupuesto la suma necesaria para realizar el pago. Un efecto de estas prohibiciones para los particulares respecto a las deudas con el Estado era que el acreedor del Estado con crédito para el cual existía una partida de pago en el presupuesto, no podía compensar con la deuda a favor del Estado, al margen de cuán cercana o remota hubiese sido la posibilidad de que el Estado le pagase lo adeudado.

El Código Civil Peruano de 1984, a diferencia del Código de 1936, optó por regular el tema de la prohibición de compensar con el Estado en dos incisos. Como sabemos, el inciso 3 alude al crédito inembargable en general, debiendo ser leyes especiales (como el Código Procesal Civil) las que determinen cuáles créditos se consideran inembargables. Entre ellos se encuentran los bienes del Estado, los mismos que – como hemos dicho– aún no se hallan delimitados en su carácter de inembargables. Asimismo, el inciso 4, bajo análisis, ofrece una redacción similar a la del Código anterior, en el sentido de que se prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, pero con la salvedad de los casos permitidos por leyes especiales<sup>(18)</sup>.

---

(18) **Artículo 1290.-** “Se prohíbe la compensación:

1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.
2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

Antes de analizar las excepciones a este inciso, determinadas por leyes especiales, es necesario precisar que el concepto de Estado, para los efectos de la compensación, fue objeto de una ampliación interpretativa por parte de una ley especial, mediante la cual se extendió dicho concepto, a fin de que su ámbito comprenda a la Deuda Externa de corto, mediano y largo plazo sujeta a renegociación. De ese modo, a partir de junio de 1992, este tipo de créditos contra el Estado no son compensables directa ni indirectamente<sup>(19)</sup>.

---

3. Del crédito inembargable.

4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley." (El subrayado es nuestro).

- (19) Se trata del Decreto Supremo N° 110-92-EF, promulgado el día 19 de junio de 1992 y publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 22 de junio de 1992, cuyo texto es el siguiente:

"CONSIDERANDO

Que, es necesario establecer un marco que permita ordenar el manejo de la Deuda Externa y preparar la negociación con los acreedores;

Que, mediante diversos dispositivos legales se ha reservado para el Estado la negociación y manejo exclusivo de buena parte de la Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo;

Que, el numeral 4to. del Artículo 1290 del Código Civil prohíbe la compensación entre particulares y el Estado, salvo los casos permitidos por la ley;

Que dentro del ámbito de Estado a que se refiere el artículo del Código Civil antes indicado, se encuentra inmersa la Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo sujeta a Renegociación, de acuerdo a los dispositivos legales vigentes, siendo conveniente ratificar en forma expresa este concepto;

Con la opinión favorable del Comité de Deuda Externa, en su Sesión de fecha 09 de junio de 1992; y,

De conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 560 - Ley del Poder Ejecutivo y el Decreto Ley N° 25418;

DECRETA:

Artículo 1.- La Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo, que es objeto de Renegociación según lo dispuesto por los Decretos Supremos N°s. 198-83-EFC, 175-83-EFC, 015-92-EF y Decretos Legislativos N°s. 272 y 368, sus modificatorias, ampliatorias y demás normas reglamentarias, está considerada en el ámbito de 'Estado' a que se refiere el numeral 4to. del Artículo 1290 del Código Civil.

Existen legislaciones en las que se da un tratamiento de excepción a este inciso, es decir, que se enumeran los casos de deudas entre particulares y el Estado que no están sujetas a compensación. En los referidos supuestos, la compensación entre los particulares y el Estado es posible, salvo los casos especificados por la norma. Nuestra ley, por el contrario, basándose en que, en principio, los bienes de dominio público son inembargables, además del caos que representaría el que un particular pudiese compensar una deuda que tiene con una institución gubernamental contra un crédito que detente contra otro departamento del Estado, etc., ha otorgado carácter de general a la prohibición de compensar las deudas entre el Estado y los particulares, siendo leyes especiales las que se encargarán de especificar los casos de excepción a este principio.

En suma, la prohibición contenida en el inciso bajo análisis tiene, entre otros fundamentos, su principal sustento en que el dinero que recauda el Estado se aplica a los servicios públicos y, por tanto, no se permite a un particular dejar de pagar sus deudas, vía compensación.

En efecto, los recursos del Estado tienen como destino y finalidad la atención de funciones y servicios públicos; éstos, destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad, no

---

De acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, la Deuda Externa de Corto, Mediano y Largo Plazo sujeta a Renegociación, no es objeto de compensación directa ni indirecta.

Artículo 2.- Los cambios de acreedor que se hayan producido o produzcan en el futuro, como consecuencia de las cesiones de derecho, así como los cambios de modalidad de pago, moneda, lugar de cumplimiento de la obligación, ley aplicable (y cualquier otra modificación en los términos pactados en los convenios originales) no alteran la calificación de Deuda Externa sujeta a Renegociación, conforme a lo señalado en el artículo precedente.

Artículo 3.- Lo señalado en el Artículo 1, no conlleva necesariamente la calificación de deuda pública o de deuda asumida por el Estado.

(...)"

deben verse constreñidos o inhabilitados por la ausencia transitoria de los fondos requeridos para costearlos. Por ello es que los deudores (particulares) del Estado no pueden estar facultados a exonerarse de proveer tales fondos alegando los créditos que pudiesen tener contra el Estado.

Respecto a la posibilidad de compensación en el Perú entre particulares y el Estado, autorizada por ley especial, probablemente el caso más típico es la compensación tributaria que aquéllos realizan con el fisco<sup>(20)</sup>.

Al respecto, el Código Tributario (Decreto Legislativo N° 816), vigente desde el 22 de abril de 1996, prescribe lo siguiente:

---

(20) Cuando se promulgó el Código Civil Peruano, en 1984, el Código Tributario vigente en esa época establecía, en su artículo 35, lo siguiente:

**Artículo 35.-** "La deuda tributaria podrá compensarse total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, con los créditos liquidados, y exigibles por tributos y por sanciones e intereses derivados de tributos, pagados en exceso o indebidamente, siempre que no se encuentren prescritos y sean administrados por el mismo organismo.

Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, conforman un mismo organismo todas las dependencias integrantes del Gobierno Central."

Posteriormente, este Código fue sustituido por el Texto Unico Ordenado de Código Tributario, con las modificaciones establecidas en los Decretos Legislativos 641 y 769. Dicho cuerpo legislativo también recogía la figura de la compensación como una de las formas de extinción de la obligación tributaria; ello, en su artículo 36:

**Artículo 36.-** "La Administración Tributaria podrá compensar la deuda tributaria, total o parcialmente, con los créditos por tributos y sanciones pagados en exceso o indebidamente, siempre que no se encuentren prescritos.

Los deudores tributarios o sus representantes podrán realizar dicha compensación, con los pagos a cuenta del mismo tributo que hubieren realizado en exceso, siempre que no se encuentren prescritos.

Respecto de los demás pagos en exceso o indebidos, deberán solicitar a la Administración Tributaria la emisión de la correspondiente Nota de Crédito Negociable."

## **Artículo 40°. Compensación.-**

“La deuda tributaria podrá ser compensada, total o parcialmente, por la Administración Tributaria con los créditos por tributos, sanciones e intereses pagados en exceso o indebidamente y con los saldos a favor por exportación u otro concepto similar, siempre que no se encuentren prescritos y sean administrados por el mismo Organó.

Tratándose de tributos administrados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, los deudores tributarios o sus representantes podrán compensar únicamente en los casos establecidos expresamente por ley, siempre que no se encuentren prescritos. Respecto de los demás pagos en exceso o indebidos, deberán solicitar a la Administración Tributaria la devolución conforme a lo dispuesto en los artículos 38° y 39°.

Respecto de los tributos administrados por otros Organos, los deudores tributarios o sus representantes podrán solicitar la compensación total o parcial de los créditos liquidados y exigibles por tributos, sanciones o intereses, pagados en exceso o indebidamente, siempre que no se encuentren prescritos y sean administrados por el mismo Organó.”

Este precepto indica cuáles son las posibilidades de realizar una compensación entre particulares y el Estado.

En primer lugar, el artículo dispone claramente que quien tiene la facultad de compensar las deudas con los créditos determinados por la ley será la Administración Tributaria. Esto significa que un particular puede solicitar la compensación, cumpliendo con los requisitos establecidos por el Código Civil y las normas especiales, y con la aprobación de la Administración Tributaria (“La deuda tributaria podrá ser compensada, total o parcialmente, por la Administración Tributaria con los créditos por tributos, sanciones...”) se producirá la extinción simultánea de ambos créditos.

Asimismo, la norma prescribe que los tributos administrados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT–, pueden ser susceptibles de compensación sólo en los casos establecidos por ley. La SUNAT, en nuestro medio, administra no sólo la mayoría de tributos, sino también los más importantes.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1290.***

Este tema registra, entre otras<sup>(21)</sup>, las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.– “El derecho de pedir alimentos no puede ser objeto de renuncia, de transacción, ni de compensación.” Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 38 y 39, 1947, Página 209. (Artículos 1295 y 1307 del Código Civil de 1936).

II.– “En el proceso de alimentos, la renuncia o transacción en ningún caso puede causar ejecutoria, por ser éste un derecho irrenunciable, no pudiendo ser objeto, además, de transacción ni de compensación, tal como lo establece el artículo 454 del Código Civil.

Es fundada la demanda de separación de bienes cuando el marido desatiende las obligaciones que le impone el numeral 164, concordante con el inciso 1 del artículo 241 del Código sustantivo.” Ejecutoria del 28 de febrero de 1983. “El Peruano”, Número 13327, 19 de diciembre de 1983. (Artículos 1295 y 1307 del Código Civil de 1936, y 1302 del Código Civil de 1984).

III. “El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable, conforme lo dispone el artículo 487 del Código Civil.” Ejecutoria del 10 de marzo de 1987. “El Peruano”, Número 14891, 2 de marzo de 1998.

---

(21) Ver Sentencia del Tribunal Constitucional citada en la nota a pie de página de nuestros comentarios al presente artículo del Código.

– **Concordancias nacionales.**

Alimentos, artículo 472 del Código Civil / Comodato, artículo 1728 del Código Civil / Depósito, artículo 1814 del Código Civil / Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un socio, artículo 327 de la anterior Ley General de Sociedades (la Ley General de Sociedades vigente no contempla este supuesto).

– **POSIBILIDAD DE Oponer LA COMPENSACION POR PARTE DE UN GARANTE.**

**Artículo 1291.**- *“El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1291.**

Dentro de la legislación colonial, podemos mencionar a la *Ley de las Siete Partidas*, Ley 24, Título XIV, Partida Quinta: **“No tan solamente los deudores principales pueden descontar un deudo por otro, mas aun sus fiadores lo pueden fazer tambien, de la debda que deuiessen a aquel a quien fiaron, como de la que deuiessen a el mismo.”**

El artículo 1291 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba el tema en su artículo 890: “El fiador puede hacer compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; mas éste no puede compensar su deuda con lo que el acreedor debe al fiador; tampoco puede un deudor in

**solidum** compensar su deuda con lo que el acreedor debe a los otros coobligados.”

Por su parte, el *Código Civil de 1852* legislaba la materia en el numeral 2259: “El deudor no puede reclamar compensación con lo que se debe a su fiador, o a otro deudor solidario; pero el fiador puede pedirla de lo que deba el acreedor al deudor principal.”; mientras el *Proyecto de Código Civil de 1890* lo hacía en el artículo 2990: “El deudor no puede reclamar compensación de lo que debe con lo que el acreedor deba al fiador, o a otro deudor solidario; pero el fiador puede pedir compensación de lo que su fiado debe al acreedor, con lo que el acreedor debe al fiado, o con un crédito personal del fiador.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordaba el punto en el artículo 274: “El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador.”; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el numeral 262: “El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no podrá oponer la compensación de lo que el acreedor debe al fiador.”; seguido por el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1286: “El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1297: “El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.”

Dentro del Proceso de Reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, se pronunciaba sobre el tema en el artículo 154: “El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor principal.– El mismo derecho corresponde al tercero que ha constituido una hipoteca o una prenda.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 146: “El ga-

rante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.”

Finalmente, tenemos al artículo 1309 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*: “El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.”; y al artículo 1258 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*: “El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.”

#### **– Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1291 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Panameño (artículo 1083), Portorriqueño de 1930 (artículo 1151), Hondureño de 1906 (artículo 1475), Uruguayo (artículo 1503), Venezolano de 1942 (artículo 1336), Venezolano de 1880 (artículo 1237), Boliviano de 1976 (artículo 370), Guatemalteco de 1973 (artículo 1475) y Argentino (artículo 829: el fiador no sólo puede compensar la obligación que le nace de la fianza con lo que el acreedor le debe, sino que también puede invocar y probar lo que el acreedor deba al deudor principal, para causar la compensación o el pago de la obligación. Pero el deudor principal no puede invocar como compensable su obligación, con la deuda del acreedor al fiador.)

Por su parte, el Código Civil Francés (artículo 1294) precisa que el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que el acreedor le deba al fiador y agrega que el deudor solidario no puede oponer la compensación de lo que el acreedor le deba a su codeudor; mientras el Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1247) establece que el mismo derecho de oponer la compensación corresponde al tercero que ha constituido una hipoteca o prenda.

El Proyecto Franco-Italiano de Código de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 219), en fin, anota que el deudor principal no puede oponerse más que a la compensación de lo que el acreedor debe al garante.

– **Análisis.**

Este artículo establece la facultad del garante de oponer la compensación de la deuda de la persona a quien ha garantizado, bien sea con fianza, prenda o hipoteca, con el crédito que éste pudiese tener contra su propio acreedor.

Se trata de una excepción a la regla general de que la compensación es un derecho personalísimo y, por ende, que nadie más que el propio deudor puede oponer la compensación entre su obligación y el crédito que coincidentemente tenga contra el mismo acreedor.

Las excepciones a las reglas generales o específicas obedecen en muchos casos a criterios de índole práctico, pero la mayor parte de las veces son decisiones legislativas basadas en principios éticos o de justicia, los cuales se colocan por encima de los principios estrictamente jurídicos. En este supuesto, el principio del carácter personalísimo de la compensación se subordina al más elevado principio de la equidad<sup>(1)</sup>.

Suponiendo que el deudor principal detentase un crédito compensable con su deuda, el garante podrá oponer la compensación, aunque la deuda principal sea ajena. Esta tesis constituye una excepción a la regla de nuestro ordenamiento relativa a la imposibilidad de un deudor para oponer la compensación de su codeudor solidario al acreedor común, y se justifica porque el ga-

---

(1) Al respecto, consideramos pertinente reproducir las palabras de Felipe Osterling (OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, Página 179.), uno de los autores de este tratado, a propósito de la Exposición de Motivos del precepto: "El principio es inobjetable y se apoya en razones de equidad evidentes: el garante también puede oponer la compensación. Se comprende en ese concepto no sólo al fiador, sino a todo aquél que de algún modo hubiera garantizado la obligación, incluidos los otorgantes de prenda o hipoteca a los que alude el segundo párrafo del artículo 1247 del Código Italiano."

rante no es el obligado principal y por ello no está “pagando su deuda con el bolsillo de otro”.

Según anota Lodovico Barassi<sup>(2)</sup>, la compensación puede oponerse por los terceros que hubiesen prestado garantía en favor de los deudores (fiador, tercero que haya constituido hipoteca o prenda); tales terceros no pueden ser constreñidos al pago, sino cuando pueda serlo el deudor principal. Es, según Barassi, una excepción personal del garante.

Si bien la figura del garante supone características en cierto modo similares a la solidaridad pasiva –particularmente la fianza solidaria–, en lo relativo al tema de la compensación ostenta diferencias sustanciales.

El requisito de la reciprocidad de obligaciones, indispensable para la compensación, debe existir en forma directa entre el obligado principal y el acreedor. Pero el fiador, si bien no se beneficia con el crédito, sí puede salir perjudicado con el incumplimiento de aquel a quien garantiza, razón por la cual tiene la potestad de invocar dicha compensación.

Existe una estrecha concordancia entre esta facultad del fiador y el beneficio de excusión, derecho del fiador simple establecido por el artículo 1879 de nuestro Código Civil (“El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor.”).

La norma comentada se encuentra en aparente contradicción con el artículo 1885 de nuestro mismo cuerpo legal, precepto que establece la facultad del fiador de oponer todas las excepciones que corresponden al deudor –aunque éste haya renunciado a ellas–, salvo las que sean inherentes a su persona, es decir, las que tengan, como ocurre con la compensación, carácter personalísimo. En opinión nuestra, sin embargo, no existe tal conflicto, pues consideramos que lo previsto por el artículo 1885 reviste ca-

---

(2) BARASSI, Lodovico. Op. cit., Tomo II, Páginas 205 y 206.

rácter general, en cambio, la norma que concede al fiador la facultad de oponer la compensación entre el acreedor y el deudor es de carácter particular, como una especial excepción a la regla. La compensación es, pues, la única excepción personal correspondiente al deudor que el fiador puede oponer contra el acreedor, debido a su particular condición de deudor subsidiario, la misma que surge del carácter accesorio de su obligación.

Sobre la compensación que el fiador invoque respecto de la obligación por él afianzada (obligación principal) y lo que el acreedor le adeude, la doctrina no es uniforme: un sector opina que se trataría de una compensación voluntaria o facultativa, pues el derecho propio –personalísimo– que exige la compensación unilateral no se encuentra presente; otro sector de la doctrina, en cambio, estima que el fiador sí es titular de la calidad de deudor, puesto que, si bien se ha obligado accesoriamente por el deudor principal (su calidad es de sujeto pasivo accesorio), su obligación hacia el acreedor le es propia. Estaría, pues, actuando por derecho propio al oponer la compensación entre su crédito contra el acreedor y la deuda principal que está afianzando.

Nos adscribimos a esta última corriente.

Es de notar que, independientemente de la posición asumida, existe unanimidad en admitir la procedencia de la compensación entre la deuda principal y el crédito que tenga el fiador contra el acreedor.

Por ello, si el acreedor exigiera el pago al fiador y éste le opusiera la compensación de su propio crédito, el acreedor renuente a aceptar esta solución podría pretender dirigirse contra el deudor principal, demandándole el pago de la obligación, pero éste podría alegar que dicha obligación ya no existe, por haber operado tal compensación entre acreedor y fiador. Lo que quedaría es una nueva obligación entre el deudor y su fiador, mas ninguna con el “ex-acreedor”, pues esta deuda se extinguió; de lo contrario, el acreedor recibiría satisfacción doble (por parte del fiador y por parte del deudor).

En cambio, el deudor no puede oponer en compensación el crédito que su fiador tenga contra el acreedor, pues, de hacerlo agravaría la situación del fiador, quien se obligó a pagar únicamente en defecto del deudor. La razón es justa y evidente: la deuda del fiador es sólo accesoria o subsidiaria, mientras que la del deudor es principal. De otro modo, el fiador resultaría pagando por el deudor sin antes haber hecho excusión de los bienes de este último, no obstante no tener la condición de solidario.

Si, como vimos anteriormente, no procede la compensación que pretendiese oponer un codeudor solidario (respecto de la deuda común) contra el crédito que otro codeudor tuviera con el acreedor, con mayor razón resultaría inadmisibles la que eventualmente opusiera un deudor respecto de su deuda con el crédito detentado por el fiador con el acreedor.

En resumen, el deudor principal no tiene la facultad de invocar contra el acreedor la compensación entre su obligación y el crédito del fiador; empero, sí puede atenerse al efecto extintivo generado por la compensación opuesta por el fiador.

Como sabemos, contrariamente al fiador simple, el fiador que se obliga en forma solidaria carece del beneficio de excusión<sup>(3)</sup>.

No obstante, esto no significa que el fiador solidario se convierta en un codeudor solidario, ya que no debemos dejar de tomar en cuenta la naturaleza de la fianza, que es enteramente distinta. La solidaridad, por tanto, no le quita a la fianza su carácter de obligación accesoria y en absoluto convierte al fiador en deudor directo de la obligación principal. La más importante diferencia entre la fianza simple y la fianza solidaria estriba en que, en esta

---

(3) Así lo establece el artículo 1883 del Código Civil de 1984:

“La excusión no tiene lugar:

1. Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella.
2. Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.
3. En caso de quiebra del deudor.” (El subrayado es nuestro.).

última, el fiador no goza ni del beneficio de excusión ni, mediando varios fiadores, del beneficio de la división. Por lo demás, el tratamiento es muy semejante, no existiendo diferencia alguna en lo relativo a la compensación<sup>(4)</sup>.

Finalmente, siguiendo el mismo criterio de la solidaridad pasiva, un cofiador no puede oponer en compensación el crédito que otro de los cofiadores tenga contra el acreedor.

---

(4) Las normas sobre la materia en el ordenamiento chileno reflejan la misma solución que nuestro Código.

En tal virtud, consideramos conveniente reproducir un comentario acerca de la jurisprudencia de ese país, efectuado por Manuel Somarriva (SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984, Páginas 86 y 87.):

“La compensación se da cuando dos obligaciones existen en sentido inverso entre unas mismas personas. Quedan ambas extinguidas por disposición de la ley y hasta la concurrencia de la de menos valor. Por ello se ha dicho que es el balance entre dos obligaciones que se extinguen recíprocamente, si ambas son de igual valor, o sólo hasta donde alcance la menor. Es una especie de garantía de pago que tiene cada acreedor. Por esto deben ser recíproca y personalmente acreedor y deudor. Así lo dice el fallo de 24 de noviembre de 1980, Rev., t. 77, 2º parte, sec. 1º, pág. 111.

‘Cuando hay pluralidad de deudores se presentan dificultades, a las que se refiere la sentencia que comentamos. Así, en la solidaridad pasiva uno de los obligados es, a su vez, acreedor del acreedor común. Este endereza la acción contra el que no es su acreedor, exigiendo el pago de su acreencia. El emplazado no puede defenderse oponiendo en compensación lo que el actor adeuda a otro de los obligados solidariamente al pago. Lo dispone así el artículo 1657 del Código Civil. Lo mismo cuando el acreedor demanda al deudor principal, que no le puede oponer en compensación lo que el actor adeude al fiador, como lo señala ese mismo precepto. Pero éste, que es un deudor de segundo plano, en que su obligación es accesoria, puede oponerle al actor lo que éste adeude al obligado principal. En este punto estimamos que la sentencia no fue acertada, pues el argumento a contrario a que obliga el citado artículo 1657 lo demuestra. No hace falta para arribar a esta conclusión que entre nosotros no exista el artículo 1294 del Código Civil de Francia. El fiador solidario se encuentra, en este punto, en igual situación que el fiador simple. Podrá oponer al acreedor en compensación lo que éste adeude al afianzado.’”

– **Concordancias nacionales.**

Fianza, artículo 1868 del Código Civil / Oposición por el fiador de excepciones contra el acreedor, artículo 1885 del Código Civil / Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un socio, artículo 327 de la anterior Ley General de Sociedades (la Ley General de Sociedades vigente no contempla este supuesto).



– **SUPUESTO DEL DEUDOR QUE HA ASENTIDO EN QUE SU ACREEDOR CEDA SU DERECHO A UN TERCERO. CONSECUENCIAS.**

**Artículo 1292.**– “*El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1292.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, abordaba el tema en el artículo 891: “El deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión de derechos que su acreedor hace a un tercero, no puede oponer al cesionario la compensación que antes de la aceptación pudo oponer al cedente.”; en tanto que el *Código Civil de 1852* lo hacía en el artículo 2260: “El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente.”

El *Proyecto de Código Civil de 1890* trataba la materia en su artículo 2989: “El deudor que ha convenido en que el acreedor

ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente.”; mientras que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 270: “El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente.”; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 258: “El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponerse al cedente.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el numeral 1285: “El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1296: “El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que habría podido oponer al cedente.”.

Por otra parte, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el punto en su artículo 155: “El deudor que ha consentido pura y simplemente en que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer la compensación que habría podido oponer al cedente. La cesión no aceptada por el deudor, pero notificada a éste, impide la compensación de los créditos nacidos con posterioridad a la notificación.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 147: “El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente.”

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, contemplaba el tema en el numeral 1310: “El deudor que ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente.”; mientras que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1259: “El deudor que

ha consentido que el acreedor ceda su derecho a un tercero, no puede oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer al cedente.”

**– Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1292 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Costarricense de 1888 (artículo 813), Mexicano (artículo 2201), Italiano de 1942 (artículo 1248, el cual agrega que la cesión no aceptada por el deudor, pero notificada a éste, impide la compensación de los créditos nacidos con posterioridad a la notificación), Uruguayo (artículo 1505), Ecuatoriano (artículo 1702), Venezolano de 1942 (artículo 1337), Venezolano de 1880 (artículo 1238), Chileno (artículo 1659), Boliviano de 1976 (artículo 371), Boliviano de 1831 (artículo 889), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 375, primer párrafo), Brasileño (artículo 1021) y Español (artículo 1198).

Asimismo, el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 220), los Códigos de la Provincia de Québec (artículo 1192), Suizo (artículo 122) y de la República de China de 1930 (artículo 341), establecen que el deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión que un acreedor ha hecho de sus derechos a un tercero, no puede oponer más al cesionario la compensación que hubiera podido oponer al cedente, antes de su aceptación. La cesión que no ha sido aceptada por el deudor no importa sino la compensación de deudas del cedente, posteriores a ese acto.

Por otra parte, el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 595) agrega que, si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles después de la notificación.

Debe mencionarse, además, que el Código Civil Francés (artículo 1295) dispone que respecto a la cesión que no haya sido

aceptada por el deudor, pero que se le haya notificado, no impide más que la compensación de los créditos posteriores a esa notificación; en tanto el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1476) anota que, si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no de las posteriores. Y añade que, si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.

El Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 1152 -similar al Código Civil Hondureño de 1906-) y el Código Argentino (artículo 826), por su parte, prevén que no son compensables entre el deudor cedido o delegado y el cesionario o delegatario, los créditos contra el cedente o delegante que sean posteriores a la cesión notificada, o a la delegación aceptada.

#### – **Análisis.**

El artículo bajo estudio alude a una modalidad de transmisión de las obligaciones constituida por la cesión de derechos. A fin de realizar el análisis correspondiente, es pertinente ubicarnos en la figura de la cesión de derechos, regulada por los artículos 1206 y siguientes del Código Civil<sup>(1)</sup>.

En términos generales, por medio de la cesión de derechos el acreedor –quien tiene un crédito a su favor contra el deudor– transfiere a un tercero –cesionario– su derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor. Es el caso de que Pedro adeude a

---

(1) **Artículo 1206.-** “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.”

Al respecto, remitimos al lector a lo expresado al estudiar la institución (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, Primera Parte, Tomo III, Páginas 453 y siguientes.).

Rosa la suma de 2,000.00 nuevos soles, por concepto de pago del precio de un bien objeto de una compraventa. Supongamos que por alguna razón, Rosa decide disponer de dicho crédito y lo transfiere a Alberto. De esta forma, será Alberto (cesionario) el nuevo acreedor de Pedro (deudor/cedido), y ya no Rosa (acreedora inicial/cedente).

Para que opere la cesión de derechos, no es necesario que el deudor (en nuestro ejemplo, Pedro) asienta. Sólo se requiere que el cedente (Rosa) y el cesionario (Alberto) acuerden tal cesión por escrito, produciendo ésta efecto contra el deudor cedido (Pedro) desde que le sea comunicada fehacientemente o desde que la haya aceptado.

Esta figura es muy empleada hoy en día, particularmente en el ámbito comercial. Es el caso de las empresas que, teniendo una “cartera pesada” (créditos por cobrar) muy grande y de difícil cobranza, deciden “venderla” a otras instituciones (por ejemplo, Bancos). Por lo general, éstas últimas las adquieren a un precio inferior al del monto a cobrar, el cual es castigado según los riesgos y gastos que se estima implicará dicha cobranza. A nivel más simplificado, sería el caso del endoso de títulos valores.

Ahora bien, en el supuesto de compensación que nos ocupa, la norma prescribe que, si el deudor cedido consintió en tal cesión, ya no puede oponer al cesionario (su nuevo acreedor) la compensación que hubiera podido oponer al cedente (su antiguo acreedor).

Continuando con nuestro ejemplo, suponiendo que Rosa –quien como sabemos es acreedora de Pedro por 2,000.00 nuevos soles– fuese a su vez deudora de Pedro por una suma igual, en mérito de un servicio prestado por éste, es evidente que cualquiera de los dos podría oponer la compensación de ambas obligaciones de dar sumas de dinero. Pero, si ninguna de las partes ha invocado aún dicha compensación y Rosa conviene con Alberto en transmitirle el derecho de exigir la prestación a cargo de Pedro, ¿qué ocurre con la facultad de compensar de éste?

Existen dos posibilidades, dependiendo de la participación de Pedro en la cesión de derechos:

- (a) Si Pedro aceptó o consintió en que Rosa ceda su derecho a Alberto, no podrá oponer a éste la compensación que hubiera podido oponer a Rosa.
- (b) Si Pedro no ha consentido o aceptado explícitamente tal cesión, sí podrá oponer a Alberto la compensación que hubiera podido oponer a Rosa.

En este supuesto, si Pedro opusiera a Alberto la compensación, extinguiría su propia deuda por los 2,000.00 nuevos soles y también el crédito a su favor que tiene contra Rosa. Ya no habrían obligaciones entre él (Pedro) y Rosa, sino entre Alberto y Rosa.

La norma bajo análisis puede parecer contradictoria con el espíritu de la figura de la cesión de derechos, por cuanto, para que ésta última produzca efecto, no se requiere de la aceptación del deudor (cedido). Basta con que el deudor simplemente haya tomado conocimiento de la cesión, es decir, que se le haya comunicado fehacientemente. Por ello, resulta irrelevante su conformidad, no importando su opinión sobre el particular.

De no ser así, y se requiriera de la aceptación del deudor antes de proceder el acreedor a ceder su derecho a un tercero, las operaciones se entorpecerían hasta límites inaceptables. El crédito a favor de una persona es un recurso que debe aprovecharlo en la forma más eficiente, no siendo racional desperdiciarlo en el caso que necesite liquidez.

Más aun, podría prestarse a abusos por un deudor que no desee pagar su deuda a un acreedor al que por diversas razones (escasez de recursos, relación de parentesco, amistad, aversión a pleitos judiciales, ignorancia, etc.) le resulte demasiado arduo cobrar su acreencia.

Por ello la norma sólo exige, con evidente criterio de justicia, que el deudor sea comunicado fehacientemente de la cesión de

derechos para que ésta produzca efecto. El deudor no puede obstaculizar la libre circulación de créditos, ni impedir que su obligación caiga en manos de quien esté en mejores posibilidades de cobrarla.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico también contempla la posibilidad de que el deudor sea objeto de abuso por parte del acreedor y le otorga la protección debida. Es ésta la razón de la existencia del artículo 1292, bajo análisis.

Por ejemplo, imaginemos que Rosa es a su vez acreedora y deudora de Pedro, pero la cobranza de su obligación es más difícil que la de su crédito, por estar ella obligada a través de un contrato escrito en un papel arrancado de una libreta de apuntes, mientras que la deuda de Pedro se encuentra plasmada en un título valor (como una letra de cambio). Resulta obvio que la cobranza de la deuda de Pedro es mucho más viable que la de Rosa.

En un supuesto como éste, el que Pedro tenga la facultad de oponer la compensación es un claro ejemplo de la eficiencia y equidad de la norma.

Pero si Rosa pretendiese burlar o esquivar la compensación, podría creer que cediendo su crédito a Alberto (evidentemente lo haría a título oneroso), al perderse la reciprocidad de las obligaciones, ya no cabría realizar compensación alguna por parte de Pedro. Así, supuestamente Alberto tendría altas probabilidades de cobrar a Pedro su deuda (ejecutando el título valor), mientras que Pedro tendría un largo camino legal por recorrer para poder cobrarle a Rosa.

Es claro cómo se atentaría contra la filosofía de la compensación si no se hubiese regulado este supuesto; sería como dejar una ventana abierta al abuso por una de las partes. Por ello consideramos que la norma, más que impedir el entorpecimiento de la cesión de derechos por parte del deudor, constituye una garantía, una protección a éste.

Por último, somos de opinión que el precepto, al emplear el término “consentido” (“el deudor que ha consentido en que el acreedor...”), en realidad quiso decir “asentido”. De acuerdo con los principios y teorías adoptados por nuestro Código Civil, asentir es diferente que consentir: asentir supone aceptar algo de manera unilateral, mientras que consentir es un término que alude al consentimiento en la celebración de un contrato (es plurilateral). Por ello creemos que la redacción del artículo hubiera revestido mayor propiedad si empleara el verbo asentir.

– ***Concordancias nacionales.***

Cesión de derechos, artículo 1206 del Código Civil / Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un socio, artículo 327 de la anterior Ley General de Sociedades (la Ley General de Sociedades vigente no contempla este supuesto.).

– **LA COMPENSACION Y LA IMPUTACION DEL PAGO.**

**Artículo 1293.-** *“Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1259.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1293.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, trataba la materia en su artículo 893: “Cuando una misma persona debe muchas deudas compensables, se siguen para la compensación las reglas establecidas por el artículo 850 para la aplicación”; mientras el Código Civil de 1852 lo hacía en su artículo 2262: “Si una persona tiene muchas deudas compensables, se hará la aplicación conforme al artículo 2230.”

De otro lado, el *Proyecto de Código Civil de 1890*, consideró el punto en su artículo 2987: “Si una persona tiene varias deudas compensables, se verifica la compensación, en el orden que establece el artículo 2912”.

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, consignaba en el numeral 272 el texto siguiente: “Si una persona tiene varias deudas compensables, debe declarar cuál es la deuda que quiere compensar.”

Por su parte, el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, abordaba el tema en el artículo 260: “Si una persona tiene dos deudas compensables, debe declarar cuál es la deuda que quiere compensar.”; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, así como el *Código Civil de 1936*, no registraban antecedentes al respecto.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, proponía en su artículo 156 lo siguiente: “Cuando una persona tiene respecto de otra varias deudas compensables, se observan en cuanto a la compensación las disposiciones del artículo 118.”; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 148: “Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 116.”

Finalmente, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, disponía en su artículo 1311 lo siguiente: “Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1279.”; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1260: “Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1226.”

### **– Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1293 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Mexicano (artículo 2196), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 598), los Códigos Civiles Hondureño de 1906 (artículo 1479), Francés (artículo 1297), Italiano de 1942 (artículo 1249), Portorriqueño de 1930 (artículo 1154), Uruguayo (artículo 1507), Ecuatoriano (artículo 1706), Venezolano de 1880 (artículo 1240), Venezolano de 1942 (artículos 1339 y 1305), Chileno (artículo 1663) y Boliviano de 1831 (artículos 891 y 847), el Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 882), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 887), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 377), los Códigos Paraguayo de 1987 (artículo 622), Guatemalteco de 1973 (artículo 1477), Brasileño (artículo 1023), Español (artículo 1201), Portugués de 1967 (artículo 855) y Etíope (artículo 1835), el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 221), y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1195), aunque con diversas variantes.

### **– Análisis.**

Resulta frecuente que una persona tenga respecto de otra u otras más de una deuda compensable, y desee oponer la compensación contra uno o varios créditos que a su vez tuviera de su acreedor.

Tratándose de compensación convencional, el tema no presenta dificultad alguna, ya que por la libre voluntad de las partes éstas pueden acordar compensar la deuda que deseen contra el crédito que elijan. No interesa aquí ni la antigüedad, ni la exigibilidad, ni la fungibilidad de las prestaciones. Tampoco si se encuentran garantizadas o no. Rige, como dijimos anteriormente, la autonomía de la voluntad, convirtiéndose la compensación en un contrato cuyas estipulaciones son definidas y delineadas íntegramente por quienes lo celebran.

En cambio, en el caso de la compensación unilateral, la que, como sabemos, se lleva a cabo por vía de oposición –materia de este análisis–, la normatividad brinda soluciones que suplen las posibles deficiencias y conflictos que podrían suscitarse cuando quien opone la compensación no ha manifestado su elección respecto de la imputación de la deuda.

Así, el artículo 1293 de nuestro Código Civil vigente señala que “Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1259.”

En primer lugar, podemos deducir del tenor de este numeral que el deudor que opone la compensación tiene la facultad de decidir e indicar la o las deudas que desea reducir o extinguir con el crédito que posee contra su acreedor. Cuando falta esta manifestación de voluntad, el Código la suple remitiéndonos a la norma sobre imputación legal.

Asimismo, el artículo bajo análisis hace mención expresa de la calidad de compensables de las deudas que la persona mantenga con su acreedor. En otras palabras, si el deudor tuviera con su acreedor varias deudas de distintas características y a su vez tuviese un crédito con aquél, este crédito sólo sería compensable con la o las deudas que reúnan los requisitos ya conocidos (reciprocidad, liquidez, exigibilidad, fungibilidad). Se vuelve, pues, al principio básico de la compensación, más allá de la existencia de pluralidad de deudas.

Para aclarar estos conceptos, imaginemos que Alberto adeude a María la suma de 1,800.00 nuevos soles (en virtud de alquileres –rentas– vencidos); a su vez, que le deba la cantidad de 900.00 nuevos soles, con una tasa de interés del 6 % mensual; asimismo, que se encuentre obligado a entregarle un reloj de oro (en mérito a un contrato de permuta) valorizado en 18,000.00 nuevos soles; finalmente, que deba pagarle 10,000.00 nuevos soles por un préstamo que María le otorgó, con garantía prendaria sobre una computadora de última generación. Todas estas obligaciones de Alberto se encuentran vencidas y ninguna

pertenece al género de las obligaciones naturales, vale decir, que son exigibles.

Por su parte, María contrajo una deuda con Alberto –en virtud de un contrato de compraventa–, adeudándole a éste la suma de 5,000.00 nuevos soles.

Supongamos que Alberto (que tiene la mayor carga de endeudamiento) es quien opone la compensación de su crédito de 5,000.00 nuevos soles contra sus deudas. El tiene la facultad de indicar a cuál o a cuáles de ellas desea se impute su crédito. Podría escoger cualquiera, excepto la prestación que adeuda cuyo objeto es un bien cierto (caso del reloj de oro), ya que éste no es fungible con respecto a las sumas dinerarias.

Ahora bien, imaginemos que Alberto no especifica a qué deudas se deberá aplicar su crédito de 5,000.00 nuevos soles. En atención a lo indicado por el artículo 1259<sup>(1)</sup> del Código Civil, sobre imputación legal del pago –norma a la que, dijimos, nos remite expresamente el artículo 1293 en caso de silencio del deudor que opone la compensación–, esta incertidumbre acerca de la indeterminación de la obligación que se extingue se disipa por medio de un orden de prelación destinado, en primer término, a proteger al acreedor de una posible insolvencia del deudor (aplicándose el pago a la deuda menos garantizada) y, luego, a proteger al deudor optándose por elegir la deuda más onerosa para él<sup>(2)</sup>.

- 
- (1) El artículo 1259 de nuestro Código Civil establece que “No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.”
  - (2) El artículo 1259, relativo a los supuestos legales para la imputación del pago entre diversas obligaciones, ha sido analizado por nosotros oportunamente (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Segunda Parte, Tomo VII, Páginas 347 a 360.), por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

De esta forma, en nuestro ejemplo los 5,000.00 nuevos soles de crédito se deberían aplicar en el siguiente orden:

- (1) A la deuda de 900.00 nuevos soles, la soporta una tasa de interés del 6 por ciento mensual. Esta deuda no está garantizada, por lo que su orden es prioritario. Por otro lado, entre las de similar prioridad sería la más onerosa para el deudor, ya que, si bien su monto es inferior al de la otra deuda no garantizada de Alberto, devenga en cambio un interés mensual del que esta carece.
- (2) A la deuda de 1,800.00 nuevos soles, por concepto de alquileres devengados. Esta obligación se encuentra en segundo lugar, debido a que es menos onerosa para Alberto –por no estar afecta con interés alguno–.
- (3) A la deuda de 10,000.00 nuevos soles (préstamo con garantía prendaria), la cual, por estar asegurada con una garantía real, es improbable el riesgo de que quede impaga en caso de insolvencia del deudor.

Las deudas (1) y (2) quedarían extinguidas, en tanto que la (3) se vería reducida a 7,700.00 nuevos soles. En este punto las partes podrían convenir en sustituir la garantía por otra de inferior valor. Vemos cómo una deuda garantizada con prenda, hipoteca, anticresis o fianza, puede ser compensada con otra que no lo esté. Las garantías, así como los intereses, moras y penalidades no alteran la condición de fungibilidad de los objetos de las prestaciones; sólo se toman en cuenta a efectos de establecer el orden en que éstos se irán compensando.

En cuanto a la obligación de Alberto de entregar a María un reloj de oro, ella se mantiene incólume, puesto que no entró en el orden de prelación por carecer del requisito de fungibilidad con el crédito a compensar.

En caso de coexistir dos deudas que revistan las mismas características de garantía (que ninguna se encuentre garantizada, o que –por citar un supuesto– las dos estén garantizadas con

fianza bancaria) y tengan el mismo grado de onerosidad para el deudor (por ejemplo, que ambas se hallen afectas a igual tasa de interés), entonces se imputará el crédito a la obligación de fecha más antigua. Empero, si ambas obligaciones tienen la misma fecha de vencimiento, entonces se deberá proceder a prorratear el crédito entre ellas, es decir, a imputarlo en partes proporcionales.

La misma regla se aplicará en caso de existir pluralidad de obligaciones compensables por ambas partes.

Si se trata de la compensación convencional, a pesar de no señalarlo expresamente el Código Civil, las partes, por mutuo acuerdo, pueden adherirse al orden de prelación establecido por el artículo 1259 o a uno distinto. Asimismo, cuando haya convención sobre compensar las deudas mutuas, pero discrepancia sobre el orden para imputar el pago, consideramos que cualquiera de las partes puede exigir el orden del mencionado numeral del Código.

Por último, en cuanto a las obligaciones de hacer, no habría inconveniente en que se les aplicaran los mismos preceptos, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos por la ley.

A modo de ejemplo, imaginemos que José se encuentra obligado a reparar un lote de diez televisores de Pedro. Por su parte, éste último tiene las siguientes obligaciones con José: (1) reparar cinco televisores, (2) reparar tres televisores, con cargo a una penalidad del 2 % del valor de reparación por cada día de retraso, y (3) reparar cuatro televisores, habiendo entregado a José un equipo de sonido como garantía prendaria. Asumimos que los televisores son todos de la misma marca y las especificaciones técnicas de las reparaciones a realizarse revisten características muy similares, es decir, los objetos de las prestaciones de estas obligaciones de hacer son fungibles entre sí.

En este supuesto, cualquiera de los dos podría oponer la compensación, puesto que las deudas de ambas partes son exigibles, además de recíprocas y líquidas. A falta de manifestación expresa por parte de quien opone la compensación acerca de a

cuál deuda la imputa, o no existiendo acuerdo sobre tal imputación, sería aplicable lo establecido por el artículo 1259. Así, la obligación de José se extinguiría, aplicándose a las deudas de Pedro de la siguiente forma: (1) a la totalidad de la obligación de reparar tres televisores sujeta a una penalidad del 2 %, por ser la más onerosa para el deudor; (2) a la totalidad de la obligación simple de reparar cinco televisores, ya que es menos onerosa para Pedro; y (3) parcialmente a la obligación de reparar televisores con garantía prendaria, la que por encontrarse protegida con garantía real, es improbable que quede impaga en caso de insolvencia de Pedro. Esta obligación se reduciría a la reparación de dos televisores.

– ***Concordancias nacionales.***

Imputación legal, artículo 1259 del Código Civil / Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un socio, artículo 327 de la Ley General de Sociedades anterior (la Ley General de Sociedades vigente no contempla este tema).

– **EFFECTOS DE LA COMPENSACION RESPECTO DE TERCEROS.**

**Artículo 1294.-** “La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos.”

– **Fuentes nacionales del artículo 1294.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1936.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1936* trataba el tema en su artículo 894: “No hay lugar a la compensación, cuando es en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero; así si alguno siendo deudor de un tercero, se hace luego su acreedor por un secuestro hecho en su persona, no puede en perjuicio de éste oponer la compensación.”; mientras que el *Código Civil de 1852* lo hacía en el numeral 2263: “No tiene lugar la compensación en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero.”

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890* establecía en el artículo 2986 lo siguiente: “No hay compensación con perjuicio de un tercero.”; mientras el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea,*

de 1925, en su artículo 273 prescribía que “No tiene lugar la compensación, en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero.”

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, legislaba el tema en su artículo 261: “No tiene lugar la compensación, en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero.”; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, al igual que el *Código Civil de 1936*, no registraban antecedentes al respecto.

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba la materia en el numeral 157: “La compensación no se verifica en perjuicio de los terceros que han adquirido derechos de usufructo o de prenda sobre uno de los créditos.”; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 149: “La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre uno de los créditos.”

Finalmente, el artículo 1312 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, disponía que: “La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre uno de los créditos.”; y el numeral 1261 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, que: “La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1294 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Mexicano (artículo 2205), Chileno (artículo 1661), Ecuatoriano (artículo 1704), Boliviano de 1976 (artículo 373), Venezolano de 1942 (artículo 1340), Venezolano de 1880 (artículo 1241), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 378 -al señalar que no se admite compensación en perjuicio del derecho de terceros-), los Códigos Brasileño (artículo 1024), Etíope (artículo 1837), el Pro-

yecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 223), y el Código de la Provincia de Québec (artículo 1196).

Por otra parte, el Código Civil Francés (artículo 1298) agrega que quien por ser deudor se haya convertido en acreedor luego del embargo crediticio trabado por un tercero contra él, no puede oponer la compensación en perjuicio del embargante; en tanto que el Código Civil Uruguayo (artículo 1512) establece que la compensación no tiene lugar en perjuicio de derechos ya adquiridos por un tercero. Así, el que siendo deudor ha venido a ser acreedor, después del embargo trabado en el crédito por un tercero, no puede en perjuicio del ejecutante oponer la compensación.

#### **- Análisis.**

El supuesto del presente artículo es de aplicación a todos los casos en los cuales hubiese surgido un derecho de tercero respecto de uno de los créditos que se quieran compensar. La norma expresamente excluye la posibilidad de que cualquier tercero se vea perjudicado en sus derechos adquiridos sobre alguno de los créditos compensables.

El titular debe tener, como sabemos, la libre disponibilidad de su crédito; en otras palabras, ambas deudas deben estar expeditas para sus titulares, es decir, libres de cualquier traba legal o estorbo alguno, sin que se encuentre de por medio el interés de terceros que puedan oponerse legítimamente al pago. De existir tal interés, ya no cabría la compensación, pues la finalidad de esta figura es, por un lado, evitar el circuito inútil de prestaciones y, por otro lado, fungir como garantía; la compensación no ampara el abuso del derecho ni contra una de las partes, ni contra los terceros que eventualmente pudieran salir perjudicados con la operación. La ley no ampara el perjuicio a los derechos adquiridos –por terceras personas– sobre cualquiera de los créditos.

La Exposición de Motivos del Código Civil, en la parte correspondiente al artículo bajo comentario, señala que "...la compensación no perjudica los derechos adquiridos por terceros sobre uno de los créditos, porque ella constituiría **res inter alios acta**."<sup>(1)</sup>

La compensación es un medio de pago entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras; entonces para los terceros la operación es **res inter alios acta**.

Supongamos, a modo de ejemplo, que Ana detentase un crédito contra Pablo. Por otro lado, Antonio, acreedor de Ana, embarga dicho crédito. En este caso, si posteriormente a tal embargo Pablo adquiriese un crédito exigible contra Ana, no podría oponerle la compensación. De proceder dicha compensación, Antonio se vería perjudicado en su derecho, atentándose contra el principio **res inter alios acta**. Lo mismo ocurriría si el crédito de Pablo contra Ana se hubiese originado antes del embargo, pero se hubiese tornado exigible luego de éste, por haberse originado el derecho de tercero (Antonio) antes de concurrir todos los requisitos para que pueda operar la compensación (por carecer de la condición de exigibilidad).

---

(1) **Res inter alios acta** es un aforismo latino de Derecho Civil, que alude al negocio jurídico realizado entre terceros, el mismo que no importa perjuicio ni beneficio a quien es ajeno a él ("Lo realizado entre unos no puede ni aprovechar ni perjudicar a otros"). Según este principio, basado en la relatividad de los contratos, un acuerdo celebrado entre dos partes no hace ni acreedores ni deudores a los terceros.

Este aforismo, creado por Paulo e inserto en el **Digesto**, en su expresión completa incluye similar principio para el Derecho Procesal, abarcando el efecto relativo de la cosa juzgada ("Lo juzgado no concierne sino a las partes comprometidas en el litigio".): **Res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest, nec nocet** ("Lo realizado o juzgado entre unos no aprovecha ni perjudica a terceros").

Resulta evidente que existen numerosas discrepancias, tanto a nivel teórico como casuístico, a este principio —como la validez del contrato en favor de tercero—, por lo que no puede aceptarse sin reservas.

No obstante que el embargo no hace indisponible el crédito, sí impide que el acreedor a quien se ha embargado pueda recoger la suma que dicho crédito representa; siendo la compensación una extinción de obligación (una suerte de pago ficto), es evidente que el embargo imposibilita tal compensación. Por ello, si los acreedores del acreedor han trabado embargo en el crédito que debe satisfacerle su deudor, éste último ya no puede invocar la compensación con el crédito a su favor –y a cargo de su acreedor–, por la simple razón de que ya no puede pagarle válidamente. Asimismo, la imposibilidad comprende el íntegro del crédito embargado, no importando si éste supera o no el monto del crédito del embargante.

Hay autores que opinan que, en el supuesto de que el deudor tuviese contra el acreedor un crédito adquirido y vencido antes del embargo, dicho embargo subsistiría mientras el deudor no haga valer la compensación, pero una vez opuesta la compensación, legalmente el embargo no podría subsistir, debido al carácter retroactivo de la misma. Así, en nuestro ejemplo, la prohibición de compensar no sería aplicable si el crédito de Pablo contra Ana se hubiese producido y vuelto exigible antes del embargo, ya que al ser exigibles ambas obligaciones, la compensación procedería, por estar expedita.

Consideramos que, si la compensación no fue opuesta por ninguna de las partes, a pesar de cumplir con todos los requisitos (entre ellos el de exigibilidad), y un tercero llegase a trabar un embargo contra uno de los créditos compensables, tal embargo constituiría un derecho adquirido, el cual se encontraría protegido por la norma bajo análisis. No podría ninguna de las partes oponer la compensación después de trabado el embargo y pretender que se declarase la retroactividad de la compensación a la fecha de coexistencia de ambas obligaciones.

Caso distinto sería si, opuesta la compensación por una de las partes, y contradicha tal invocación ante el Poder Judicial, el embargo se trabara antes de la emisión de la sentencia. Suponiendo que la resolución judicial declarase la validez de la compensación, en este caso sí quedaría sin efecto el embargo,

ya que la compensación habría operado válidamente desde que fue opuesta<sup>(2)</sup>.

Por otro lado, el que la compensación no sea posible (en caso de haberse vuelto exigible el crédito con posterioridad al embargo; o habiendo sido exigible dicho crédito antes de aquél, pero recién se hubiera invocado la compensación después de trabado tal embargo) no implica que el deudor pierda su derecho a concurrir con el acreedor embargante al pago del saldo del crédito no embargado, pues siempre se consideran en primer lugar los derechos adquiridos.

Otro ejemplo lo constituiría el caso en que se hubiera expedido una resolución judicial amparando una demanda de alimentos, por la que se ordena embargar parte del sueldo de quien los debe. Si este último mantuviera una deuda –también dineraria– con su empleador, no podría oponer la compensación sino respecto a la parte del sueldo no embargada<sup>(3)</sup>, pues la otra porción de la pensión alimenticia –la embargada– sería un derecho surgido en favor de un tercero y no podría ser afectada.

Un supuesto de interés, dentro del Derecho de Sucesiones, lo constituye el caso del tercero acreedor de la masa hereditaria que a su vez es deudor de uno de los herederos de ésta. En la práctica se confunde con cierta frecuencia la distinción e independencia de la personalidad de la masa hereditaria con la del heredero de ésta, lo que lleva a suponer factible la compensación entre

---

(2) **Artículo 1288.**- “Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.” (El subrayado es nuestro.).

(3) Según el texto del inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, el embargo de los sueldos, salarios y remuneraciones por concepto distinto a asegurar el pago de pensiones alimentarias, es la tercera parte del exceso de cinco Unidades de Referencia Procesal. Y, como sabemos, lo inembargable es incompensable.

el crédito que el tercero detenta contra la masa hereditaria y el crédito que el heredero tiene contra este mismo tercero<sup>(4)</sup>. Empero, y como resulta evidente, ni el heredero, ni la sucesión (por medio del albacea, por un apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial), ni el propio tercero pueden plantear la compensación entre ambas obligaciones. Lo mismo ocurriría en el caso inverso (si el tercero fuese deudor de la masa y acreedor del heredero). El objeto de la prohibición es proteger los derechos de los terceros en esta relación jurídica (los demás herederos, o los otros acreedores de la masa hereditaria). Las deudas personales de los herederos se pagan con posterioridad a las de la sucesión.

– ***Concordancias nacionales.***

Inadmisibilidad de la compensación entre deuda de tercero respecto a la sociedad y el crédito de éste frente a un socio, artículo 327 de la anterior Ley General de Sociedades (la Ley General de Sociedades vigente no contempla este supuesto).

---

(4) Las obligaciones recíprocas entre el tercero y la masa hereditaria en sí, no configuran obstáculo para que pueda operar la compensación.



## TITULO V

### Condonación

#### – **CONDONACION. CONCEPTO, PROBANZA, NATURALEZA Y EFECTOS.**

**Artículo 1295.-** *“De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.”*

#### – **Fuentes nacionales del artículo 1295.**

Dentro de la legislación colonial, en lo referente a la remisión de la deuda, puede mencionarse la Ley de las Siete Partidas, Ley 1, Título XIV, Partida Quinta. **Quitamiento es, quando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel deuia, e le quitan el debdo, aquellos que lo pueden fazer. E tiene esto grand pro al debdor, porque quando paga la debda, o le quitan della, fincan libres el, e sus fiadores, e los peños, e sus herederos, de la obligación en que eran obligados, por lo que deuián dar, o fazer.**

En lo relativo a la libertad de prueba, referida al juramento decisorio, tenemos a la Ley 9, Título XIV, Partida Quinta. **Otrosi dezimos, que demandando un ome a otro alguna debda, que dixesse que le deuiesse, e negasse el otro el debdo, diziendo que non deuia nada; que si el que demanda, le da la jura de**

**su voluntad, e el otro la rescibe del, e jura, que non le deue lo quel demanda, que es quito del debdo, tambien como si lo ouisse pagado.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, abordaba la materia en su artículo 876: “La remisión es el perdón de la deuda hecha por el acreedor, o por el que esté facultado para libertar al deudor.”; en tanto que el Código Civil de 1852, lo hacía en el numeral 2244: “De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda, hecho por el acreedor, o por su mandatario especialmente facultado, termina la obligación.”

El *Proyecto de Código Civil, de 1890*, trataba el tema en sus artículos 2960: “Remite o condona una deuda el acreedor que, por sí o por medio de mandatario, renuncia voluntariamente el derecho que tiene contra su deudor.”; 2961: “Toda remisión o condonación de deuda se presume aceptada por el deudor, si no manifiesta por actos positivos lo contrario.”; y 2962: “No hay forma especial para remitir o condonar deudas, aun en el caso de que éstas consten de instrumento público.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, abordaba la materia en el artículo 275: “De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda, hecho por el acreedor, o por su mandatario especialmente facultado, termina la obligación.”

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora de 1926*, proponía en su numeral 263: “De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda, hecho por el acreedor, termina la obligación.”; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba el punto en su artículo 1287: “De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación.”

El *Código Civil de 1936* legislaba la institución en el artículo 1298: “De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, indicaba, en su artículo 160, que: “De cualquier modo que se pruebe la remisión o perdón voluntario de la deuda hecho por el acreedor, termina la obligación.”; seguido por el artículo 150 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*: “De cualquier modo que se pruebe la remisión de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.”

Finalmente, el artículo 1313 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, proponía el texto siguiente: “De cualquier modo que se pruebe la remisión de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.”; estableciendo el numeral 1262 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo siguiente: “De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1295 del Código Civil Peruano, los Códigos Civiles Boliviano de 1831 (artículo 874) y Egipcio (artículo 243), el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 208) y los Códigos de la Provincia de Québec (artículo 1181) y Cubano de 1988 (artículo 304, inciso 1).

El Código Civil Italiano de 1942 (artículo 1236) establece que “la declaración del acreedor de remitir la deuda extingue la obligación cuando es comunicada al deudor, salvo que éste declare dentro de un término adecuado que no quiere aprovecharse

de ella"; en tanto que el Código Civil Panameño (artículo 1073) prescribe que "la condonación de la deuda podrá hacerse expresa o tácitamente. Una y otra estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a la forma de la donación".

Tanto el Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 1141), como el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1465), puntualizan que "la condonación será expresa o tácita. La condonación expresa deberá ajustarse a las formas de la donación".

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 358) dispone que la condonación extingue la obligación desde que ha sido comunicada al deudor, pero el deudor puede manifestar dentro de términos razonables que no quiere aprovecharse de ella. El Código Civil uruguayo (artículo 1515) no habla de condonación sino de remisión: "la remisión de la deuda es la renuncia del acreedor a los derechos que le pertenecen contra el deudor"; en tanto que el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 383) prescribe que la condonación o remisión (término este último utilizado por el Proyecto) aceptada por el deudor, extingue la obligación, pero sin perjuicio de tercero; mientras que el Código Guatemalteco de 1973 (artículo 1489) preceptúa que la remisión de la deuda hecha por el acreedor y aceptada por el deudor extingue la obligación.

El Código Civil Portugués de 1967 (artículo 863) otorga naturaleza contractual a la condonación y establece que el acreedor puede remitir la deuda, por contrato con el deudor. El Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 869) dispone que la remisión o condonación total o parcial de la deuda extingue la obligación, sin necesidad de la aceptación del deudor y sin sujeción a formalidad alguna, y aun cuando la obligación haya sido constituida bajo ciertas condiciones de forma, a menos que en un término prudencial y adecuado haya el deudor notificado al acreedor que no quiere aprovecharse de ella. Señala, además, que la remisión puede ser expresa o tácita y si el deudor la acepta, la hace irrevocable. En similares términos están redactados los artículos 610 y 611 del Código Civil Paraguayo de 1987.

El Código Etíope (artículo 1825) prevé que la declaración hecha por el acreedor al deudor por la que lo libera de su deuda, extingue la obligación si el deudor no hace conocer a su acreedor inmediatamente que no acepta el perdón de la deuda.

Por su parte, el Código de la República de China de 1930 (artículo 343) prescribe que la obligación se extingue cuando el acreedor declara al deudor su voluntad de condonarle su deuda.

Resulta importante, en fin, lo normado por los Códigos Civiles Chileno (artículo 1653) y Ecuatoriano (artículo 1696), en el sentido de que la remisión de mera liberalidad está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita.

#### – **Análisis.**

La condonación constituye otra de las formas de extinción de las obligaciones previstas por el Código Civil.

Condonar es perdonar una deuda<sup>(1)</sup> o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor<sup>(2)</sup>. Así, cuando el acreedor perdona una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de éste último.

Son múltiples las definiciones de la doctrina sobre el tema. Con sus variantes, todas ellas siguen la misma línea en cuanto al fondo. A modo de ilustración global, veamos algunas de las más representativas.

Para Enneccerus, Kipp y Wolff<sup>(3)</sup>, un crédito puede extinguir-

- 
- (1) Estamos circunscribiendo el término al ámbito del Derecho Civil, ya que en Derecho Penal la condonación es el indulto de la pena de muerte.
  - (2) Veremos a lo largo de este análisis que la renuncia, por ser un acto unilateral, es una suerte de género, siendo la condonación la especie, por requerir de la manifestación de voluntad de la otra parte (deudor).
  - (3) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Op. cit.*, Volumen I, Páginas 361 y 362.

se por contrato entre el acreedor y el deudor (contrato de remisión), pero no por declaración unilateral del acreedor.

Los citados profesores recuerdan que en el Derecho Romano se distinguían tres clases de contratos de extinción de las obligaciones:

- a) La **acceptilatio**, o remisión de una obligación verbal reconociendo, en la forma de pregunta y de respuesta, haber recibido lo debido<sup>(4)</sup>; por medio de esta modalidad, se extinguía el crédito **ipso iure**. Se la comparaba frecuentemente con el pago.
- b) El **pactum de non petendo**, o convenio por el cual el acreedor prometía a su deudor que no haría valer el crédito a cargo de éste último, ya definitivamente, ya únicamente dentro de un tiempo determinado. También podían convenir en que el acreedor no lo haría valer en absoluto (**pactum in rem**), o que sólo no lo haría valer contra una persona determinada (**pactum in personam**). Este pacto daba origen a una excepción contra el crédito, pero sin que competiese al heredero si el **pactum** era **in personam**.
- c) Finalmente, toda la relación obligatoria nacida de un contrato consensual, podía extinguirse también por **contrarius consensus**, es decir, por el convenio en virtud del cual el contrato se consideraba como si no hubiese sino concluido o, más precisamente, que la relación obligatoria quedara sin efecto, cual si nunca se hubiese constituido. Esta extinción, sin embargo, sólo era posible si ninguna de las partes había aún cumplido.

---

(4) Eugene Petit refiere que es el deudor quien interroga, diciendo: **Quod ego tibi promisi habesne acceptum?** (¿Tenéis por recibido lo que os debo?), y el acreedor responde: **Habeo**. (Lo tengo por recibido.). Desde ese momento el deudor era libre. (PETIT, Eugene. Op. cit., Página 497.).

Karl Larenz<sup>(5)</sup> señala que la relación obligatoria puede extinguirse por voluntad de los participantes en ella por medio distinto del pago o satisfacción del acreedor; de esta forma, el crédito se extingue si su acreedor renuncia a él. Esta renuncia es llamada por los Tribunales de Justicia como remisión o condonación de la deuda, para la cual se exige un contrato entre acreedor y deudor.

Por su parte, Marcel Planiol y Georges Ripert<sup>(6)</sup> anotan que la remisión de deuda consiste en que el acreedor abandona voluntariamente sus derechos, siendo ése el único carácter constante en dicha figura jurídica. Sin embargo, los autores citados consideran que esta característica de voluntariedad del acreedor es más supuesta que real, ya que, por ejemplo, en los contratos colectivos –en que la mayoría puede obligar a la minoría– la voluntad de conceder dicha remisión puede no haber existido efectivamente en la totalidad de los acreedores, pero se considerará aceptada por todos, inclusive por quienes se opusieron a ella.

A decir de Josserand<sup>(7)</sup>, la remisión de deuda es el acto por medio del cual un acreedor renuncia a su crédito, abdicando sus derechos.

Para Bonnecase<sup>(8)</sup>, la remisión de deuda es el acto jurídico por el cual el acreedor renuncia a exigir el pago de lo que se le debe.

Asimismo, Valencia Zea<sup>(9)</sup> entiende a la remisión o condonación de una deuda como la renuncia del acreedor a exigir su cumplimiento, cuya razón principal estriba en el **animus donandi** del acreedor.

---

(5) LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Página 439.

(6) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte, Página 640.

(7) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo II, Volumen II, Página 729.

(8) BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 464.

(9) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 458.

Doménico Barbero<sup>(10)</sup> considera que “hay remisión de la deuda” cuando el acreedor comunica al deudor la propia decisión de exonerarlo de su deuda.

Según Alberto Trabucchi<sup>(11)</sup>, si el derecho subjetivo –y el derecho subjetivo de crédito en particular– consiste en el reconocimiento de la relevancia de una determinada voluntad, es lógico que tal derecho cese y la relación obligatoria se extinga cuando el sujeto activo renuncia a su poder. Vista de este modo, la extinción de la obligación por remisión de la deuda se funda en ese principio.

En opinión de Dupichot<sup>(12)</sup>, la remisión de la deuda es una convención por la cual el acreedor abandona o rebaja completa o parcialmente su crédito en favor del deudor (puede tratarse de disminución de intereses, ampliación de plazos de pago, etc.), no exigiéndose la intención liberal (rebajas ofrecidas por el acreedor en caso de pago inmediato, rebajas de la deuda en caso de concordato, etc.).

Agrega el mismo autor que, siendo un acto jurídico, la remisión de la deuda debe obedecer a los principios generales de todo acto jurídico, esto es, seguir las reglas de validez de los contratos o de los testamentos; si la remisión resulta de un legado, la aplicación eventual de las reglas de las liberalidades para la determinación de la cuota disponible, como la capacidad de disponer a título gratuito, etc. En cuanto a su efecto, él es muy preciso: el deudor queda liberado como si hubiese pagado, pues el crédito se extingue.

Levenhagen<sup>(13)</sup> también opina que la remisión es una forma de extinguir la obligación. Remisión de deuda significa perdonar y se atribuye como pago. El vocablo proviene de remitir (perdonar),

---

(10) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 318.

(11) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Página 88.

(12) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Páginas 117 y 118.

(13) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 183.

no confundiendo con la otra acepción que tiene remisión, que viene de **remir**<sup>(14)</sup>. Remisión de deuda, en cambio, es liberarse de la deuda, del compromiso, de la obligación; significa, en fin, perdonar. Remisión de la deuda es, por tanto, una renuncia gratuita en beneficio del deudor; la gratuidad es la esencia de la remisión.

Según LLambías<sup>(15)</sup>, la remisión de deuda es el acto jurídico que consiste en el perdón o condonación del pago de la obligación, total o parcial, efectuado por el acreedor a favor del deudor.

Para Cazeaux y Trigo Represas<sup>(16)</sup>, la remisión de deudas es un caso particular del fenómeno genérico de la renuncia, que puede ser definida como el acto por el cual el acreedor abdica de sus derechos creditorios y, de esa manera, libera a su deudor. Por ello, los autores explican que partiendo de la base de que la “remisión de deuda” no es más que una renuncia específica de derechos creditorios, el artículo 876 del Código Civil Argentino establece que “lo dispuesto en los cuatro artículos primeros del título anterior (De la renuncia) es aplicable a la remisión de la deuda hecha por el acreedor”, con lo cual resultan aplicables a la remisión los principios que rigen la renuncia en cuanto a capacidad, prueba y clases.

Guillermo Ospina Fernández<sup>(17)</sup> entiende a la remisión como un modo de extinguir las obligaciones, que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor al deudor.

En opinión de Weill y Terré<sup>(18)</sup>, hay condonación de deuda cuando el acreedor libera a su deudor de todo o parte de su deuda sin haber recibido el pago.

---

(14) Esta acepción de remisión (remitir), que proviene de **remir**, alude a hacer referencia a algo, hacer alusión, reportar (por ejemplo, cuando un dispositivo del Código hace remisión –nos remite– a otro artículo del mismo cuerpo normativo.).

(15) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 169.

(16) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 381 y 382.

(17) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 475.

(18) WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Página 1031.

Por último, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual<sup>(19)</sup>, señala que cuando la condonación se concreta en la esfera obligacional, constituye en verdad una donación, “porque tanto se da cuando se entrega como cuando se deja de exigir lo que el otro debía a su vez entregar”, pero con la diferencia de que la condonación no funciona como liberalidad sino como causa extintiva de las obligaciones.

Como hemos visto, la mayor parte de los autores se centran en el **animus donandi** del acreedor y en el subsecuente acto de renuncia a su crédito. Pero ¿qué sucede si el deudor no desea ser condonado, es decir, qué pasa con el derecho de toda persona a pagar su deuda, a cumplir con su obligación? Dicho de otro modo, ¿dónde se encuentra el principio de no afectación a terceros con nuestros actos?

La gratuidad implica una liberalidad por parte del acreedor, quien se encuentra realizando un acto parecido a la donación, pero no respecto a un bien, sino en relación a un crédito, en favor de la misma persona que está obligada a satisfacerlo. Asimismo, el sujeto a ser beneficiado con tal renuncia (v. gr. el deudor) debe prestar su asentimiento, pues el pagar las propias deudas constituye un derecho.

No entraremos a detallar las múltiples razones (muchas no relevantes para el Derecho) que pueda tener una persona para mantener su débito, o los motivos por los cuales prefiera honrar su deuda, pero lo cierto es que tiene la potestad soberana y absoluta de optar por pagar su deuda o aceptar, en el caso de un ofrecimiento de condonación por su acreedor, no pagarla. Los favores, así como los regalos y, en general, los actos de beneficencia, no se imponen a quien no desea recibirlos; lo contrario sería avasallar a la persona en su dignidad personal. Por ello, la norma del Código Civil establece que la condonación de la deuda es un acto bilateral (“la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor...”), ya que re-

---

(19) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Página 274.

quiere de convenio entre ambas partes; de lo contrario, no tendrá validez ni surtirá efecto, es decir, no extinguirá la obligación.

Así, por mucho que el acreedor insista en no cobrar su crédito y se lo comunique a su deudor por medio de diversas vías (personalmente, por teléfono, por facsímil, por correo electrónico, por carta notarial, etc.), si no hay respuesta por parte del deudor en sentido afirmativo, la obligación subsistirá y el deudor mantendrá su derecho a pagarla, consignando la prestación en caso necesario. Por ello, desde que la condonación implica consentimiento entre acreedor y deudor, esta figura supone un contrato.

Por otro lado, del propio numeral del Código se desprende que, a fin de que la condonación surta su principal efecto (cual es extinguir la obligación), se requiere su probanza. Por esta razón, tal probanza debe ser clara y objetiva (vía contrato escrito, o algún signo visible, como la devolución del documento original en que consta la deuda), pudiendo ser material o inmaterial, pero inequívoca, como veremos más adelante.

Siendo la condonación una renuncia del acreedor –aprobada por el deudor– a un crédito, viene a ser un acto de disposición, por lo que se debe prestar atención a los derechos de terceros, los mismos que no deben ser vulnerados<sup>(20)</sup>. Sería el caso, por ejemplo, de Alberto, quien tiene un crédito exigible a su favor por 8,000.00 nuevos soles, que Ana le debe pagar. Imaginemos que los ingresos de Alberto tan sólo le alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, sin posibilidades de generar ahorros, y que además tenga dos acreedores cuyos créditos han vencido y se mantienen aún impagos. En este supuesto, dado que la única forma en que Alberto pueda honrar su deuda es cobrando la suma que Ana le adeuda, la condonación de la deuda de Ana atentaría contra los derechos de dichos acreedo-

---

(20) El propio numeral 1295 del Código establece esta restricción (“De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.”).

res y, en este caso, Alberto no estaría en aptitud de renunciar a intereses ajenos.

Lo mismo ocurriría en el supuesto de Pedro, viudo y padre de dos menores, único sostén del núcleo familiar. Si Pedro estuviese atravesando por una delicada situación económica y condonara una deuda, atentaría contra los intereses y derechos de su familia, perjudicando a terceros con su renuncia, la misma que no sería posible por afectar los intereses colectivos. Caso distinto sería si su situación económica le permitiera disponer de tal suma alterando insignificadamente su patrimonio.

Es conveniente precisar, aunque podría parecer evidente, que el término “deuda” en el numeral bajo comentario (artículo 1295) no se circunscribe a las obligaciones de dar, sino que abarca también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer.

Si Pablo está obligado con Rosa a realizar un trabajo de fumigación en el jardín de ésta, podría ocurrir que Rosa, movida por un sentimiento de compasión, dada la mala salud de aquél, decidiese condonarle tal deuda. En ese caso, ella debería informar a Pablo su decisión y recibir su conformidad. De esa manera, se extinguiría la obligación de hacer de Pablo.

Como dijimos, la condonación es un acto bilateral, requiriéndose no sólo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. Queremos reiterar la importancia del asentimiento del deudor, ya que éste tiene derecho a cumplir su obligación. En caso contrario dicho deudor podría salir perjudicado no sólo moral sino económicamente, en particular cuando se trata de obligaciones de hacer.

Por ejemplo, veamos el caso de Martín, cantante que se encuentra iniciando su carrera artística, quien es contratado por la empresa productora “Estrellas” para dar una función especial, conjuntamente con tres conocidos cantantes, en el Teatro “Ópera”, acordando que su pago no será por concepto de ingresos por taquilla, sino una suma específica, la misma que “Estrellas” le

abona por adelantado. Aquí la empresa ya cumplió con su prestación, quedando pendiente sólo la obligación de Martín consistente en cantar cinco canciones en el transcurso de las dos horas que durará el espectáculo.

Es claro que a Martín no sólo le interesa el pago recibido, sino fundamentalmente cumplir con su obligación, puesto que hacerlo le reportará beneficios mayores a su carrera.

Más aun, tomando en cuenta esta oportunidad, realiza por su cuenta una campaña de publicidad y promoción, haciendo mención expresa del evento a realizarse.

Si en la víspera de la función “Estrellas” le comunicara su decisión de condonarle la deuda, y que, por tanto, se encuentra exonerado de la obligación de cantar, resultaría poco probable y hasta extraño que Martín se considerase beneficiado con semejante “liberación”, aun conservando el monto pagado anticipadamente por “Estrellas”. Es necesario, por ello, que el deudor tenga la facultad de elegir entre cumplir con su prestación o aceptar la remisión de la deuda.

En la eventualidad de que Martín no aceptara la condonación, no podría exigir forzosamente a “Estrellas” que lo dejara ingresar al Teatro para actuar la noche de la función, ya que tendría que emplear violencia a fin de lograrlo. Resulta obvio que en este caso Martín, además de tener el derecho a conservar la suma pagada por la empresa promotora de espectáculos, podría demandarla por los perjuicios sufridos al cancelar su participación en el concierto, los que se habrían derivado de la frustración de sus expectativas de promoción.

#### **– *Derechos renunciables y derechos irrenunciables.***

Sólo se puede renunciar a los derechos (y dentro de ellos se encuentran los créditos) establecidos en interés individual o particular del renunciante, mas no a los concedidos en miras a satisfacer intereses más amplios, es decir, que abarquen el orden públi-

co. Esto significa que hay derechos renunciables y también otros derechos que, por disposición de la ley, no son susceptibles de renuncia. De esto último se infiere que sólo son irrenunciables los derechos señalados por norma expresa; el criterio de la analogía no se aplica a las normas restrictivas de derechos, por lo que, en todos los demás casos, incluyendo el supuesto de duda, se podrá hacer uso del derecho de renuncia.

Dado que la condonación es una especie dentro del género de la renuncia, resulta necesario conocer a qué derechos se puede renunciar y a cuáles no, para así estar en aptitud de determinar qué derechos pueden condonarse. En términos generales, como veremos, la renuncia es la abdicación a cualquier derecho, ya sea de carácter patrimonial, extrapatrimonial u obligacional, en tanto que la condonación importa la renuncia a la prestación de una obligación.

(a) ***Derechos renunciables.***

La noción del derecho subjetivo dentro de un ordenamiento jurídico como el nuestro –en el que predomina la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad personal para la consecución de fines humanos dignos– implica en uno de sus extremos la libertad de las personas de contraer obligaciones, y en el otro extremo, la libertad de las mismas de abandonar su facultad de exigir que les sean pagadas.

Así, por ejemplo, no hay impedimento para que una persona renuncie a resolver un contrato por incumplimiento del deudor o que renuncie al derecho de cobrar una indemnización, una vez determinada ésta. Un vendedor puede condonar el precio que se le adeuda por un bien, sin pedir la resolución del contrato y, de esta forma, el comprador gozará de la propiedad de dicho bien gratuitamente. De la misma forma, no hay obstáculo para renunciar a la facultad de revocar, modificar o sustituir el contrato en favor de tercero (artículo 1468). Se puede renunciar por anticipado al derecho de revocar la promesa unilateral (artículo 1965). Asimismo, se puede renunciar a la prescripción ya ganada (artículo 1991).

Igualmente, quienes tienen la libre disponibilidad de sus bienes pueden renunciar a herencias y legados (artículo 674); también son renunciables las hipotecas legales (artículo 1120). Las personas renuncian a sus empleos (se entiende en forma voluntaria y no bajo presión), a sus créditos, al derecho de acudir ante organismos jurisdiccionales del Estado (sustituyéndolos por procesos arbitrales), o a los créditos por alimentos correspondientes a períodos que han vencido, por citar ejemplos representativos.

Vemos que la facultad de renunciar a los derechos propios abarca tanto a los derechos obligacionales como a los reales, incluyendo a los derechos intelectuales (éstos últimos en cuanto a su aspecto patrimonial, ya que –como sabemos– el derecho moral de autor no es renunciable.).

(b) ***Derechos irrenunciables.***

Por otro lado, existen los llamados derechos irrenunciables, cuya prohibición de renuncia se fundamenta en que se trata de derechos instituidos en resguardo del orden público. Entre éstos se encuentran por lo general los derechos extrapatrimoniales, particularmente los vinculados a las relaciones de familia. Por ello no se puede renunciar, por ejemplo, a los derechos emergentes de la patria potestad, ni a la acción para que se declare la paternidad.

Así, tampoco cabe la renuncia a un atributo de la personalidad, como el nombre o el estado de la persona. Como es evidente, el derecho no concibe que el individuo pueda desprenderse de calidades que hacen a su propia esencia de persona. De igual forma, no es factible la renuncia a derechos inherentes a la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la salud o el derecho moral de autor.

Por otro lado, no es renunciable –por anticipado– el derecho a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación (artículo 218), ni el derecho proveniente de la responsabilidad extracontractual (artículo 1986) o contractual, por dolo

o culpa inexcusable, o violación de obligaciones derivadas de normas de orden público (artículo 1328). Tampoco puede renunciarse anticipadamente, de mediar dolo o culpa inexcusable, al saneamiento por evicción (artículo 1497), ni al saneamiento por vicios ocultos (artículo 1520).

De igual forma, es irrenunciable el derecho de pedir alimentos (artículo 487) y el derecho de retracto (artículo 1595). Es nula, por otra parte, la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1444), así como la renuncia a la acción por lesión (artículo 1455). También es irrenunciable el derecho de prescribir (artículo 1990). Es nula la renuncia al derecho a una herencia futura (artículo 678). No está autorizada la renuncia al derecho de gravar un bien con segunda y ulteriores hipotecas (artículo 1113), ni tampoco puede renunciarse al derecho de enajenar o gravar un bien (artículo 882), sino sólo en los casos expresamente permitidos por la ley.

En materia de Derecho Laboral, la Constitución Política de nuestro país establece la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores<sup>(21)</sup>, como los beneficios sociales, los mismos cuya irrenunciabilidad se encuentra prescrita también en numerosas disposiciones legales.

La renuncia de derechos prohibida por la ley es nula, estando el juez facultado para declarar tal nulidad de oficio.

---

(21) El artículo 26 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.” (el subrayado es nuestro.).

– **Naturaleza jurídica y efectos de la condonación.**

La condonación es un acto jurídico cuyo destino es extinguir una relación jurídica obligacional<sup>(22)</sup>. Es el perdón mutuamente convenido del pago de la obligación. Constituye, pues, un típico acto jurídico, siendo éste, como sabemos, la manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos<sup>(23)</sup>.

En este caso, se trata de un acto jurídico conformado por una combinación de dos hechos jurídicos voluntarios y un presupuesto jurídico: éste último es la existencia de una deuda entre quienes van a realizar el acto, mientras que los dos hechos jurídicos consisten en la manifestación de la voluntad del acreedor de perdonar la deuda de su deudor y en la aceptación del deudor de la remisión de su deuda.

Este conjunto de dos actos más el presupuesto jurídico mencionado forman, pues, un solo acto jurídico, el mismo que se enmarca en su concepto básico: la manifestación de voluntad con destino específico, en la cual se declara querer que se dé un efecto, consistente en la extinción de una relación jurídica, que en el presente caso es la relación deudor–acreedor respecto de la

---

(22) Si se renuncia a una obligación se configura la condonación. Si el objeto de la renuncia es una acción judicial, se configura el desistimiento.

(23) El negocio jurídico tiene una finalidad dinámica, de movimiento, de iniciativa y de renovación, a diferencia del simple derecho subjetivo, cuyo fin es de conservación y tutela. Ambos –derecho subjetivo y negocio o acto jurídico– se interrelacionan y actúan en estrecha concordancia y complementariedad; el derecho subjetivo por sí sólo puede existir, pero sin la posibilidad de las partes de llevar a cabo en la realidad su ejercicio de iniciativa, la vida se circunscribiría a un estado más bien estático. Por ello tal existencia solitaria no tendría sentido, pues por definición el ser humano es dinámico y su supervivencia se ha basado siempre en la interrelación con los demás. Es el negocio jurídico el que proporciona a la vida jurídica del individuo el espacio para actuar, para modificar sus relaciones jurídicas según sus nuevos y cambiantes intereses. Pero evidentemente no cabe imaginar negocio jurídico sin derecho subjetivo.

deuda que se condona, es decir, la obligación existente. El propósito expresado del o de los agentes es determinante y la ley le asigna las consecuencias del acto.

La figura bajo análisis, al ser, como hemos explicado, el resultado de la unión de varios elementos jurídicos –en los cuales interviene más de una declaración de voluntad–, constituye lo que la doctrina moderna denomina negocio jurídico, cuyo fin es regular los propios intereses jurídicos (extinguir la deuda) y que, con frecuencia, pueden tener consecuencias mediatas que afecten a terceros<sup>(24)</sup>.

El solo hecho de vivir en sociedad determina que, usualmente, cualquier negocio jurídico entre dos personas afecte a la sociedad, en mayor o menor grado. Pero si sobrepasa la simple irradiación lógica y natural de sus efectos, e ingresa en el campo de los derechos de las personas ajenas a dicho negocio, vulnerándolos, entonces ello no puede ser avalado por el Derecho.

En pocas palabras, la condonación es un contrato que se ubica en el Código Civil como forma de extinción de las obligaciones, debido a que en dicho contrato no hay creación, sino únicamente extinción de obligaciones. Siendo éste su rasgo esencial, el legislador consideró conveniente, por razones sistemáticas, ubicar a la condonación dentro del Capítulo de extinción de las obligaciones.

Se parte, como es obvio, del presupuesto de la existencia de una deuda; luego, a efectos de dar inicio al negocio o acto jurídi-

---

(24) No es poco común que un negocio jurídico –en el que interviene la conjunción de dos voluntades– alcance en sus consecuencias a terceros. Por ello es importante determinar si tal afectación a terceras personas resulta dañosa para éstas. De ser así, no sería válido, ya que su fin se tergiversaría, ingresando en el campo de lo ilícito. A pesar de ello, la norma bajo comentario prefiere hacer la salvedad de que este modo de extinción de obligaciones no debe perjudicar a terceros (“De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero”).

co, el acreedor tiene la iniciativa de perdonar tal obligación cuyo cumplimiento deberá estar a cargo de su deudor. Cuando el deudor es comunicado de dicha decisión, se le abre la posibilidad, ya descrita, de elegir si acepta ser perdonado o no. En caso afirmativo, manifiesta su voluntad de aceptación y desde ese momento se extingue la relación jurídica respecto de la deuda objeto de condonación. Este es el efecto directo, o efecto negocial: la liberación del deudor, por extinción de la deuda.

Como dijimos, la condonación es un negocio jurídico gratuito, es decir, constituye una liberalidad. Sin embargo, en este punto la doctrina se encuentra dividida por dos pareceres diferentes: a una posición pertenecen quienes consideran que la condonación es un acto que puede ser celebrado tanto a título gratuito u oneroso<sup>(25)</sup>, ya que –según estos autores– ésta no implica necesariamente y por sí sola la intención liberal, pudiendo, por ejemplo, ser consentida mediante una contrapartida prestada por el deudor. Así, la condonación de la deuda puede hacerse gratuitamente –sin contraprestación alguna en provecho del acreedor– o a cambio de una utilidad en provecho de dicho acreedor.

La otra posición, a la que nos adherimos, es suscrita por autores para quienes la condonación es esencialmente un acto gratuito<sup>(26)</sup>, puesto que de no haber tal gratuidad, no constituiría un perdón de la obligación, sino cualquier otra forma de extinción de ésta, como la dación en pago (cuando el acreedor admite una

---

(25) Tal es el caso de Bonnecase (BONNECASE, Julien. Op. cit., Tomo II, Página 464.), Planiol y Ripert (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo VII, Las Obligaciones, Segunda Parte, Páginas 641 y 642.), Barros Errázuriz (BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Op. cit., Volumen II, Páginas 254 y 255.), Messineo (MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Página 396.), Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 170 y 171.), Cazeaux y Trigo Represas (CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 382 y 383.), Barbero (BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 320.) y Weill y Terré (WEILL, Alex y TERRE, François. Op. cit., Páginas 1031 a 1033.).

(26) Son de esta opinión Levenhagen (LEVENHAGEN, Antonio de Souza. Op. cit., Página 184.), Ospina (OSPINA FERNANDEZ,

prestación distinta de la debida), la novación (cuando el acreedor adquiere un crédito nuevo), la transacción (cuando acreedor y deudor se hacen concesiones recíprocas), el mutuo disenso (cuando acreedor y deudor acuerdan dejar sin efecto el acto jurídico que han celebrado), el pago mismo, etc.

Para estos autores la condonación onerosa no existe, llegándola hasta a llamar “clasificación extravagante”. Resulta indiferente, para esta posición, el elemento subjetivo del **animus donandi** del acreedor; este elemento existe de todas maneras, desde que el acreedor condonante es siempre consciente del acrecentamiento patrimonial del deudor, por más que las razones íntimas del acreedor sean de lo más diversas (podría ser que el acreedor obre por motivos egoístas, como por ejemplo, eludir algún tributo, o evitarse los trámites y costos de un litigio, o facilitar el cobro de otros créditos, etc.).

Finalmente, existen efectos reflejos de la condonación, como por ejemplo la liberación de los fiadores, en caso se condone la deuda del deudor principal. Al no existir ya dicho crédito, el curso natural de la garantía que lo asegura es su desaparición. Esto se aplica exactamente igual con toda clase de garantías, a las personales como la fianza, y a las reales, constituidas por la prenda, la hipoteca y la anticresis.

Sin embargo, debemos precisar que no sucede lo propio en el caso inverso. La remisión o liberación otorgada a uno de los fiadores no elimina ni reduce en nada la deuda principal, ni tampoco libera a los demás cofiadores, salvo en la porción correspon-

---

Guillermo. Op. cit., Páginas 475 y 476.), Sancho Rebullida (SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. Op. cit., Tomo I, Páginas 205 y siguientes.), Alterini, Ameal y López Cabana (ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 318 y 319.) –quienes citan a Pothier, a Demolombe, a Lomonaco, a Colin y Capitant, a Sánchez Román, a Mucius Scaevola, a Castán y a De La Oliva, entre otros, para reforzar su posición–, y Starck, Roland y Boyer (STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 220.).

diente a la del fiador liberado (a menos que tales cofiadores hubiesen manifestado expresamente su consentimiento en la liberación del cofiador, en cuyo caso quedarían vinculados por entero). Es claro que esta misma lógica se extiende a los casos de co-constituyentes de prenda, hipoteca o anticresis.

– ***Diferencia entre la condonación y otros actos de liberalidad.***

Siendo la condonación una especie dentro del amplio género de los actos de liberalidad susceptibles de ser realizados por los seres humanos, consideramos de interés establecer las similitudes y diferencias existentes entre aquélla y los demás actos de liberalidad.

Un acto de liberalidad –también llamado acto a título gratuito–, es aquel que efectúa una persona en beneficio de otra u otras, ya sea que dicho acto haya sido celebrado de modo unilateral o plurilateral, vale decir, según intervengan en su celebración una o más de una persona.

En este sentido, nuestro ordenamiento civil –de modo inadvertido la mayoría de veces– se encuentra plagado de actos que constituyen liberalidades. Creemos de interés compararlos con la condonación, ya que resulta claro que, si bien toda condonación es un acto de liberalidad, no todo acto de liberalidad es una condonación.

– ***Con respecto a la renuncia del acreedor al cobro de la deuda.***

Como hemos manifestado en reiteradas ocasiones a lo largo de este Tratado, el acreedor tiene la potestad de recurrir a las acciones que la ley le franquea en resguardo de sus derechos, pero podría no hacerlo, por las más diversas consideraciones.

En el entendido de que no se hubiera producido un acuerdo

condonatorio entre el acreedor y el deudor, y aquél no realizara acto alguno encaminado al cobro de la deuda, podrían ocurrir situaciones cuya lectura no tendría –necesariamente– por qué ser única.

Se podría inferir que dicho acreedor, al no efectuar una manifestación de voluntad, simplemente no estaría haciendo nada. Recordemos que en virtud de lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil, el silencio únicamente importa o conlleva manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En tal sentido, la inacción del acreedor podría entenderse simplemente como un no hacer voluntario que nada implica. No sería posible, dentro de tal razonamiento, llegar a concluir que dicha falta de acción por el acreedor equivale a una renuncia al cobro de la deuda.

Consideramos que podría hablarse de renuncia al cobro de la deuda cuando existen actos de manifestación de voluntad del acreedor que conduzcan inevitablemente a tal conclusión.

Un ejemplo sería que el acreedor expresara al deudor, de modo unilateral y sin recibir respuesta alguna, su voluntad de no cobrarle el crédito. Pero aun existiendo manifestación de voluntad en el sentido de no querer cobrar dicho crédito, y al no haberse producido un acuerdo condonatorio (en la medida en que no ha habido asentimiento por parte del deudor), podríamos llegar a la conclusión de que esa “renuncia” sólo implica una manifestación de voluntad temporal o momentánea, no necesariamente perpetua, lo que equivale a decir que, con el transcurso del tiempo, la misma podría variar y dicho acreedor –que en algún momento renunció o decidió no cobrar esa deuda– pudiese cambiar de opinión y actuar de manera opuesta, vale decir, cobrándola, acto a cuyo ejercicio antes había renunciado.

Sin embargo, a efectos prácticos este razonamiento resulta poco realista y hasta inadecuado, ya que si un acreedor, por ejemplo, expresara por escrito su renuncia formal al cobro de una

deuda, liberando de esa forma a su deudor, y luego, merced a un cambio de parecer, le entablara a éste un proceso de cobro, el deudor –sin duda– presentaría como prueba de la extinción de dicha deuda el documento mencionado. No creemos factible que el juez considere que no existió condonación debido a la falta de aceptación oportuna del deudor. Además, si se aceptara la posibilidad de no tomar como inamovible la renuncia formal de una persona al cobro de una deuda, la situación del deudor sería de una inseguridad jurídica sin sentido.

No está demás decir que podría existir una inacción del acreedor de carácter voluntario, vale decir, consciente, en el sentido de no querer cobrar una deuda a la que tiene derecho. Sin embargo, a pesar de existir dicha voluntad, no podríamos considerar que está renunciando a ella, ya que resultan irrelevantes para el Derecho aquellas voluntades que no son manifestadas ni expresa ni tácitamente. Tampoco podría estimarse que estamos ante una renuncia tácita, en la medida en que cabe la posibilidad de que no se trate de una pasividad consciente, sino de un simple olvido, caso este último en el cual resulta obvio que no podríamos hablar de renuncia.

De todo lo expuesto puede deducirse que la renuncia es un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor –sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia– se trataría de una condonación.

En la renuncia pueden distinguirse las consecuencias entre las obligaciones vigentes y las prescritas.

Si el estado de renuncia (se manifieste ésta de manera expresa o tácita) se produjera durante la vigencia de la obligación, vale decir, mientras ésta conserva su carácter de obligación civil (es decir, en tanto ella resulta exigible), se entenderá que si no se ha llegado a producir la condonación de la deuda, el acreedor podría recurrir a las acciones judiciales o extrajudiciales que la ley le franquea para hacer valer su derecho. En otras palabras, el acreedor podría intentar cobrar su crédito, basándose en que, no

habiendo obtenido respuesta por parte del deudor, su renuncia queda como una simple oferta, la misma que al no constituir acuerdo de voluntades no obliga y, por ende, no se ha extinguido la obligación. En la práctica, como dijimos anteriormente, si el acreedor hubiese manifestado formalmente su voluntad de renunciar a dicho cobro –y el deudor no hubiese expresado ningún tipo de asentimiento (ni de rechazo)– y luego pretendiese llevar la acción de cobranza a los tribunales, es muy posible que éstos declaren la incobrabilidad de la prestación.

Ahora bien, si el acreedor no ha exigido el pago del crédito y, tratándose de una obligación personal, vence el plazo prescriptorio de diez años establecido por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, la obligación civil se habría convertido en una obligación natural.

Esta situación –sin duda– variaría notablemente la condición del acreedor, pues, como se sabe, la obligación natural se distingue de la obligación civil por carecer invariablemente del rasgo de exigibilidad para su cumplimiento o para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Sin embargo, si el acreedor decidiese, en este último escenario, intentar el cobro de la deuda, en términos teóricos podría hacerlo, ya que, contrariamente a lo previsto por el numeral 1989 del Código Civil, la prescripción no extingue la acción, sino que otorga a aquél que se ve beneficiado por ella la potestad de invocarla. La prescripción no puede ser alegada de oficio por los jueces, si no ha sido aducida (argumento del artículo 1992 del Código Civil). Todo ello nos lleva a concluir –siempre teóricamente– que el acreedor, a pesar de la renuncia al cobro y más allá de que la obligación hubiese prescrito, podría intentar hacerla efectiva, e incluso hasta tener éxito, si es que su deudor no invocara la renuncia y, principalmente, la prescripción ya ganada.

Aquello que hemos señalado en relación con la renuncia, nos lleva a pensar que ella, más allá de si se ha llegado a cumplir el plazo prescriptorio, podría ser reversible, en la medida en que el deudor desee cumplir con su obligación, ya que, como dijimos,

la renuncia consiste tan sólo en la declaración unilateral del acreedor de que no cobrará su crédito. En otras palabras, la renuncia sólo obliga al acreedor (a no cobrar su crédito), mas no al deudor a dejar de pagarlo, si ésta constituye su voluntad. En cambio, la condonación, al integrar un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, deviene en irreversible para ambas partes. En efecto, una vez producida la condonación, el deudor tampoco podrá imponer el pago al acreedor con quien convino en extinguir la obligación. Con la condonación se da ficticiamente por pagada la deuda. Ya no existe obligación alguna.

La condonación puede ser seguida de un arrepentimiento por parte del acreedor, del deudor o inclusive de ambos, pero dicho arrepentimiento carecería de eficacia. Ni mediante acuerdo de voluntades podrían ambas partes “revivir” jurídicamente la obligación ya extinguida. Lo que podrían hacer es contraer nuevamente una obligación del mismo objeto (porque es esto lo que se tendría que hacer para lograr la creación de una obligación idéntica a la ya extinguida). En cualquier caso, si ambas partes decidiesen volver a crear tal obligación, ella, a pesar de tener el mismo objeto que la extinguida por condonación, sería una obligación distinta, nueva.

Antes de concluir nuestros comentarios acerca de la renuncia, cabría hacer una acotación, en el sentido de que, por lo general, la renuncia es un acto a título gratuito, es decir, que no requiere de contraprestación alguna. Esta característica es evidente, ya que siendo unilateral (si fuese bilateral sería una condonación), resulta poco probable encontrar una renuncia que se plantee a título oneroso o con retribución al acreedor renunciante. Pero ello, teóricamente, podría producirse sin llegar a constituir un acto condonatorio, como sería el caso, por ejemplo, de que el deudor acordase con el acreedor el pago de una suma de dinero o la realización de alguna prestación a su favor, a fin de que demore cualquier acción destinada al cobro de la deuda. En esta hipótesis estaríamos en presencia de una renuncia temporal y de carácter bilateral, pues habría sido acordada por acreedor y deudor.

– ***Con respecto a la renuncia de herencia.***

El tema de la aceptación y renuncia de herencia es regulado por los artículos 672 a 680, y el derecho de acrecer por los numerales 774 a 777 del Libro de Derecho de Sucesiones del Código Civil Peruano.

El artículo 774 establece que, si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no quiere recibir la suya, ésta acrece las de los demás, salvo el derecho de representación.

Dentro de tal orden de ideas, la renuncia de herencia podría representar, en caso de existir para el supuesto concreto el derecho de acrecer, un acto de liberalidad, en la medida en que se haga con la finalidad expresa o tácita (acogida por el Derecho) de beneficiar a los demás herederos, cuyas porciones hereditarias se verían incrementadas.

Pero tal acto de liberalidad no podría ser entendido como una condonación, pues no se estaría perdonando deuda alguna. En este sentido debemos ser enfáticos al establecer que la relación existente entre dicho heredero y la sucesión ya causada no sería una de crédito, vale decir, que no nos encontraríamos ante una obligación. La sucesión no es deudora del heredero renunciante. Simplemente se trata de un derecho al cual puede renunciarse; derecho de carácter patrimonial distinto a los de crédito y también diferente a los bienes que integran la sucesión.

Así, la renuncia a la herencia con derecho de acrecer, si bien constituye un acto de liberalidad, no es una condonación.

– ***Con respecto al contrato de donación.***

Tal vez la figura jurídica que reviste mayores semejanzas con la condonación es el contrato de donación. A menudo, incluso, se les confunde. Por ello, resulta indispensable establecer sus similitudes y diferencias.

En primer término, diremos que la condonación es un medio extintivo de obligaciones, más allá de que por tratarse de un acto de contenido bilateral y de orden patrimonial, pueda ser perfectamente calificada como un contrato.

No obstante, la ley peruana ha tipificado ambos actos de manera distinta. Mientras la condonación ha sido regulada por el Código Civil como un medio extintivo de obligaciones, la donación es tratada como un contrato típico creador de obligaciones. Ambas figuras constituyen actos nominados.

Por otra parte, en lo que respecta a su contenido, tanto la condonación como la donación son actos fundamentalmente de carácter civil, pues con ellos no se busca obtener un fin de lucro<sup>(27)</sup>. Sin embargo, nada obsta para que se pueda producir una condonación o una donación dentro del ámbito de las relaciones mercantiles.

En lo que respecta a su formación, y como ha sido señalado en reiteradas ocasiones, la condonación es un acto con libertad de forma, en tanto que la donación puede ser tanto un contrato consensual como uno formal<sup>(28)</sup>.

---

(27) El tema del fin de lucro en el ámbito civil es discutible, ya que en su intercambio habitual las personas siempre buscan beneficiarse. Por ejemplo, en la compraventa, la permuta, etc., es muy raro que no se busque obtener lucro. Se ha satanizado el fin de lucro, lo cual resulta irreal, ya que, sin caer en usura o perjuicio a terceros, él va de la mano con el tipo de sociedad y economía de mercado en que nos encontramos inmersos.

(28) Será consensual, es decir, que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, cuando verse sobre bienes muebles cuyo valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria (U.I.T.), vigente al momento en que se celebre el contrato. Podrá ser también un contrato formal, si el valor de los bienes muebles excede del límite anteriormente mencionado. Para estos casos, se establece que el contrato se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, lo que equivale a decir que es un contrato **ad solemnitatem**. Se señala, además, que en el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan (artículo 1624 del Código Civil). Se tratará, asimismo, de un contrato formal cuan-

En lo relativo al tiempo, la condonación es un medio extintivo de obligaciones cuyo objeto es el de surtir efectos inmediatos y definitivos, vale decir, extinguir una obligación sin que medie el pago de la misma. Se podría decir que la condonación es un acto que tiene fundamentalmente vocación de ejecución inmediata e instantánea. Por su parte, el contrato de donación también es – por lo general– uno de ejecución inmediata, puesto que casi siempre se ejecuta inmediatamente después de haberse celebrado. Sin embargo, nada obstaría para que se celebrara una condonación o una donación cuyos efectos se difiriesen en el tiempo de convenir tal situación a las partes contratantes.

En cuanto a su negociación, tanto la condonación como el contrato de donación son fundamentalmente de carácter paritario, o de negociación previa, es decir, las partes tienen libertad para modelar su contenido. No conocemos la existencia de contratos de donación sujetos a cláusulas generales de contratación o que se celebren por adhesión. Sin embargo, no resultaría imposible – aunque sí poco probable– que esto sucediera<sup>(29)</sup>, debido fundamentalmente a la naturaleza civil y no mercantil de este contrato; además de no ser tan común dicha modalidad de contratación, si la comparamos con la compraventa y otros contratos en los que se utilizan frecuentemente formularios preimpresos, como los de seguro, transporte aéreo, etc.

En lo que se refiere al rol económico, tanto la condonación como la donación son actos de disposición. La condonación es un acto de disposición en el sentido de que el acreedor conviene con el deudor en no cobrarle (perdonarle) un crédito a que tiene dere-

---

do lo que se done sean bienes inmuebles, caso en el cual el contrato deberá celebrarse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad, tal como establece el texto modificado del artículo 1625 del Código Civil Peruano.

- (29) Imaginamos un Centro de Beneficencia que subsista fundamentalmente en base a donaciones provenientes de empresas y de particulares. No resultaría inverosímil que se redactara un contrato-tipo para recibir estas donaciones.

cho, convenio celebrado sin contraprestación alguna. Por su parte, la donación es un contrato de disposición, pues implica una disminución en el patrimonio del donante en favor del donatario, la misma que no se verá compensada por ninguna contraprestación, razón por la cual no se trata de un contrato de cambio.

En lo que se refiere a la función que cumplen, podría decirse que la donación y la condonación son actos que difieren en algunos aspectos.

La condonación, por esencia, es un medio extintivo de obligaciones.

La donación es, fundamentalmente, un contrato constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de ejecutar en favor de una parte la transferencia de propiedad de un bien.

En ambos casos, nos encontramos frente a actos de prestación unilateral, pues en cada uno de ellos es sólo una de las partes la que asume obligaciones respecto a la otra.

– ***Con respecto a la donación con cargo.***

Ya expresamos que la donación es un contrato nominado.

En lo que respecta al contrato de donación con cargo, sólo se hace referencia al mismo en el artículo 1642 del Código Civil, norma que establece que “En el caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho.”

Como dice Wayar<sup>(30)</sup>, la donación puede hacerse con cargo,

---

(30) WAYAR, Ernesto Clemente. Op. cit., Páginas 99 y 100.

es decir, imponiendo al donatario la obligación de cumplir con una determinada prestación, en favor del propio donante o de un tercero.

Agrega el citado profesor que, cuando el cumplimiento del cargo beneficia a un tercero, la distinción de esta figura respecto de la compraventa es nítida; pero no ocurre lo mismo cuando el beneficiario del cargo es el propio donante, máxime si el cargo consiste en la entrega de una suma de dinero y el donatario recibió un bien cuyo valor es más o menos equivalente, caso en el cual la pregunta pertinente sería si estamos en presencia de una donación con cargo o de una compraventa encubierta.

Al emitir opinión, Wayar se basa en el artículo 1828 del Código Civil Argentino, que establece que, si la importancia de los cargos es más o menos igual al valor de la cosa donada, ésta no está sujeta a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas.

Así, considera Wayar que por esta primera comprobación se sabe que a las donaciones con cargo de valor equivalente no se les aplican las disposiciones de las donaciones gratuitas y se pregunta, en tal caso, cuál régimen habrá de aplicarse. Estima que para encontrar una correcta solución es preciso distinguir si el beneficiario del cargo es un tercero o si es el propio donante.

Si el beneficiario del cargo es un tercero, aunque el valor de él sea equivalente al valor de la cosa donada, cree que debe aplicarse el régimen previsto para las donaciones, con exclusión de las condiciones exigidas para las donaciones gratuitas.

En cambio, si el beneficiario del cargo es el propio donante, ante la equivalencia de valores, estima que tal convención deberá considerarse que es una compraventa encubierta bajo la forma de donación y, en consecuencia, el régimen jurídico aplicable sería el relativo a la compraventa. Sin embargo, si el valor del cargo es sensiblemente inferior al de la cosa donada (lo que se determinará según las circunstancias de cada caso concreto), el contrato conservará su carácter de donación.

Por ello Wayar, coincidiendo con Guillermo Borda, sostiene que, si el valor del cargo se torna equivalente por circunstancias sobrevenientes de carácter extraordinario, pero al tiempo de concertarse la donación había realmente en el donante un espíritu de liberalidad, la cuestión se resolverá en atención a estas circunstancias y no por aplicación inflexible de la regla enunciada. Es decir, si considerado el contrato en el momento de su celebración, se advierte que el valor de la cosa donada es superior al del cargo, no porque el cumplimiento de éste se torne excesivamente oneroso con posterioridad, el contrato perderá su naturaleza de liberalidad originaria, debiendo todo ello apreciarse según la naturaleza de cada caso concreto.

No obstante carecer de un precepto equivalente al artículo 1828 del Código Civil Argentino, estimamos que resultan aplicables al Derecho Peruano las observaciones anotadas por Wayar.

En lo referente a su formación, la donación es un acto consensual, vale decir, que tiene libertad de forma. La donación con cargo revestirá carácter consensual o formal, de acuerdo con lo establecido por los artículos 1623, 1624 y 1625 del Código Civil, normas que ya hemos analizado al estudiar las semejanzas y diferencias existentes entre la donación y el contrato de donación sin cargo, razón por la cual allí remitimos al lector.

En cuanto al tiempo, la donación es un acto que se celebra generalmente con ánimo de ejecutarla instantánea e inmediatamente (salvo determinados casos de índole excepcional). Con la donación simple puede ocurrir lo mismo; pero en la donación con cargo, se apreciará más frecuentemente un ánimo de duración en el tiempo, ya que, si bien la ejecución de la donación en sí puede hacerse de modo inmediato e instantáneo, es probable que la ejecución del cargo se haya pactado de manera periódica o continuada; y que incluso la misma pueda prolongarse durante lapsos considerables.

En lo que respecta a su negociación, tanto la donación como la donación con cargo son actos de negociación previa.

En lo referente al rol económico, la condonación es un acto de disposición, en tanto que la donación con cargo podría llegar a ser considerada como un contrato de cambio y de disposición.

En cuanto a su función, la condonación es, esencialmente, un acto extintivo de obligaciones, en tanto la donación con cargo es un contrato fundamentalmente constitutivo. Sin embargo, en el plan teórico, nada obsta para que la donación sea un acto modificatorio o regulatorio, mas nunca tendrá carácter extintivo.

En lo relativo a los sujetos a quienes obliga, la condonación y la donación con cargo son actos bilaterales.

Si el cargo ha sido pactado en beneficio del donante, no cabe la menor duda de que estamos frente a un contrato de carácter individual. Sin embargo, si el cargo hubiese sido pactado en beneficio de un tercero, podría pensarse –de una primera impresión– que es un contrato colectivo, pues estaría afectando la esfera patrimonial de una persona que no ha celebrado el contrato. Sin embargo, ello no es así.

Dentro del Derecho positivo peruano, no se admite ningún acto de liberalidad que pueda ser susceptible de imponerse a alguien contra su voluntad. Esto significa que para la eficacia de un acto de liberalidad, siempre será necesario el asentimiento del supuesto beneficiario. Por ello, en caso de la donación con cargo, si él ha sido pactado en favor de un tercero –es decir, de alguien que no ha participado en la celebración del contrato–, necesariamente tendrá que pedírsele su asentimiento para ejecutar el cargo a su favor, lo que en buena cuenta significa que sería parte de ese contrato, razón por la cual la donación con cargo continuaría con la naturaleza jurídica de un contrato de carácter individual.

La donación con cargo constituye un supuesto peculiar, pues por mínimo que sea el cargo consistirá en ejecutar una prestación por parte del donatario a favor del donante o de un tercero. Esto significa que nos encontraríamos ante un contrato bilateral (el mismo que no nos atreveríamos a denominar como de prestaciones recíprocas).

En lo que respecta a la valoración, es claro que la condonación es un acto que se celebra a título gratuito. En lo referente a la donación con cargo, no obstante lo antes señalado y de considerarse una donación y no una compraventa, tendríamos que concluir que se trata de un contrato celebrado a título gratuito y no oneroso.

En lo referente al riesgo, a pesar de que la doctrina no aborda el tema de la eventual aleatoriedad de una condonación, nada obstaría para plantear teóricamente el punto. Lo propio puede decirse respecto de la donación con cargo.

– ***Con respecto a la donación indirecta.***

Para cerrar el tema de las eventuales semejanzas y diferencias existentes entre la condonación y el contrato de donación, nos referiremos a la donación indirecta<sup>(31)</sup>.

Víctor A. Villavicencio Cúneo<sup>(32)</sup> sostiene que las partes para alcanzar el fin ulterior que desean, emplean, en la donación indirecta, un camino oblicuo, transversal, y que ello obedece a la lenta adecuación del Derecho a las necesidades económicas, lo que constituye una de las causas de la utilización indirecta de las formas jurídicas.

---

(31) Recordaremos que el negocio indirecto –producto de la inercia jurídica– supone un recurso de las partes para conseguir no el fin práctico del medio empleado, sino un fin ulterior distinto. Existe en estos casos un negocio indirecto porque las partes recurren a un negocio para conseguir por su intermedio, indirectamente, un fin diferente. El empleo del negocio medio se funda en la voluntad de las partes, que quieren sujetarse tanto a la forma como a la disciplina de fondo del negocio medio. Así, por ejemplo, a través de una venta lograr una liberalidad.

(32) VILLAVICENCIO CUNEO, Víctor A. Las donaciones indirectas o atípicas. Tesis elaborada y sustentada para optar el grado de bachiller en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965, Páginas 51 y siguientes.

Dentro de ese orden de ideas, en la donación indirecta el donante hace actuar la liberalidad recurriendo a un diverso medio jurídico, que solamente de reflejo lleva ventaja al beneficiario. Aquí el primer plano lo ocupa un negocio distinto que el de la donación, el cual determina ulteriormente el efecto económico de la liberalidad. En este es natural que se someta a la forma requerida para celebrar el negocio medio, porque es el único que interesa al Derecho.

Así, a manera de ejemplo de una donación indirecta relacionada con un contrato de compraventa, podríamos citar el caso en que comprador y vendedor celebren una compraventa sobre un automóvil nuevo de una reconocida marca, que en el mercado tiene un valor aproximado de 100,000.00 nuevos soles, pactando como precio el de 600.00 nuevos soles.

No se trata, por cierto, de un acto simulado, pues vamos a suponer que existe el ánimo por parte del vendedor de cobrar al comprador los 600.00 nuevos soles y, más aun, que realmente los cobre.

También vamos a suponer que no existe ningún otro elemento que lleve a que dicho acto pueda perjudicar los intereses de terceros, así como tampoco alguna causal que haga peligrar la validez o eficacia del acto.

En lo que respecta al nombre, la condonación es un medio extintivo de carácter nominado. No podemos efectuar similar afirmación respecto a la donación indirecta, por cuanto el tema del negocio jurídico indirecto no sólo no ha sido regulado en nuestra legislación, sino que tampoco es conocido con ese nombre ni en la doctrina peruana, ni en la práctica jurídica y judicial de nuestro país.

En lo referente a su regulación, la condonación es un medio extintivo típico, que se encuentra regido por el Código Civil, mientras la donación indirecta vendría a ser un contrato atípico, pues –lo reiteramos– ni ella ni el negocio jurídico indirecto han merecido regulación en ninguno de los Códigos Civiles que han tenido vigencia en el Perú.

En cuanto a su contenido, la condonación podría tener naturaleza civil, mercantil o especial, en tanto que la donación indirecta es un contrato esencialmente civil, por cuanto se desprende claramente de su configuración el hecho de que jamás podría tener un fin de lucro, ya que tras esa apariencia de compraventa existe un evidente ánimo de liberalidad, destinada a favorecer al aparente comprador, parte que –en estricto Derecho– sería un donatario.

En lo relativo a su formación, la condonación es un acto eminentemente consensual, pues se celebra con el solo consentimiento de las partes. La donación indirecta reviste apariencia y formalidades de una compraventa, pero dentro de la teoría del negocio jurídico indirecto, para ser considerada donación, debería cumplir con los requisitos de forma que el Código Civil Peruano establece en sus artículos 1623, 1624 y 1625.

Ahora bien, está claro que dentro de la lógica del Derecho Peruano, la donación indirecta podría ser considerada como una simple compraventa, razón por la cual no se requeriría, para su validez, cumplir con formalidad alguna.

– ***Con respecto a los legados.***

Como sabemos, el legado es un acto de liberalidad, cuya característica le otorga similitud con la condonación. Sin embargo, las diferencias que los separan son numerosas.

En primer lugar, debemos resaltar que a través del legado se dispone **mortis causa** (vía testamento) de bienes a título gratuito; en tanto que a través de la condonación –acto **inter vivos**– se perdona un crédito.

Pero también podría darse el caso de una condonación **mortis causa**, en la eventualidad de que una persona, a través de su testamento, perdone la deuda que otra mantiene respecto de ella. Resulta evidente que, al tratarse de un acto de liberalidad, para que surta efectos requeriría de la aceptación del eventual

beneficiario (en este caso, el deudor), pero no por ello dejaría de ser un acto **mortis causa**.

– ***Con respecto al mutuo disenso.***

La condonación tiene ciertos rasgos que podrían llevar a que se le confunda con el mutuo disenso<sup>(33)</sup>. Por ello, es necesario distinguirlos.

Un primer elemento a tomar en consideración es el relativo al ámbito de aplicación del mutuo disenso y de la condonación.

Mientras el mutuo disenso recae sobre actos jurídicos en general, ya sea de carácter patrimonial o no patrimonial, la condonación necesariamente versa sobre obligaciones civiles, las mismas que, por definición, tienen contenido patrimonial. De esta forma, podríamos tener un mutuo disenso referido al matrimonio, institución de carácter fundamentalmente no patrimonial, como otro referido a un contrato cualquiera (acto de contenido patrimonial). En cambio, la condonación sólo recae sobre obligaciones y la extinción de las mismas.

De otro lado, el mutuo disenso podría ser considerado como un perdón, pero de carácter bilateral, en el sentido que, si nos encontramos dentro del ámbito de los derechos de crédito, es decir, de aquéllos con contenido patrimonial, a través del mutuo disenso ambas partes se estarían perdonando –una respecto a la otra y viceversa– el cumplimiento de sus obligaciones.

De lo dicho se desprende que el mutuo disenso no es una condonación bilateral; no se trata en estricto del perdón de ambas deudas, sino que a las partes conviene que éstas se dejen de ejecutar, porque han perdido el interés que tenían en dicho cumplimiento.

---

(33) **Artículo 1313.**– “Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.”

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 1313 establece que, si el mutuo disenso perjudica el derecho de tercero, se tiene por no efectuado y que el Título de la Condonación guarda silencio a este respecto, al tema podrían resultar aplicables las normas o derechos que en favor del acreedor consagra el artículo 1219, inciso 4, del Código Civil, precepto que contempla la acción subrogatoria u oblicua, cuando señala que es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para “Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.”

Otro de los puntos en los cuales se distingue la condonación y el mutuo disenso es el relativo a su formalidad. Como sabemos, la condonación es un acto que tiene libertad de forma (argumento del artículo 1295 del Código Civil). Por su parte, el mutuo disenso aparentemente tendría libertad de forma, pero como su finalidad es la de dejar sin efecto un acto jurídico celebrado con anterioridad, deberá tenerse presente lo dispuesto en los artículos 143 y 144, respecto a la forma del acto jurídico y, si dicho acto fuese un contrato, lo prescrito en los artículos 1411, 1412 y 1413 del Código Civil, en especial lo previsto en este último numeral, cuando señala que “Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.”

Resulta evidente que, si se requieren las mismas formalidades para la celebración de un contrato, en caso de que se le quiera modificar, con mayor razón se necesitará seguir tales formalidades en el supuesto de que se desee extinguir la relación jurídica.

De esta forma, si se requirió celebrar el contrato original por escrito, se le deberá extinguir por el mismo medio o por uno más eficaz. Igualmente, si se celebró por escritura pública, deberá extinguirse, necesariamente, por escritura pública.

- ***Con respecto a la obligación indivisible y/o solidaria en la que el codeudor participa sin tener interés alguno en dicha obligación.***

Otro acto de liberalidad sería aquél por el cual una persona acepta contraer una obligación de carácter indivisible y mancomunado, indivisible y solidario o divisible y solidario, en calidad de codeudor, frente a alguno o a algunos acreedores comunes, pero con la peculiaridad de que esta persona carece de cualquier interés en la relación interna de dicha obligación.

Podría ser el caso de una persona –Pedro– que acepte ser codeudor de una obligación por el hecho de que su presencia resulta absolutamente necesaria para que alguna institución financiera otorgue un crédito a los demás codeudores, ya que Pedro es el único cuya solvencia y probidad resultan de conocimiento público. Su participación al contraer dicha deuda resulta, pues, garantía suficiente para la entidad crediticia, a pesar de no tener ésta información alguna acerca de la solvencia de los otros codeudores.

Cuando se contrae una obligación de esas características y en virtud de lo establecido por la ley en materia de obligaciones indivisibles y solidarias, este codeudor se encontrará obligado por el íntegro de la deuda, al igual que los demás codeudores. Pero podría ocurrir que estos codeudores, al momento en que deben honrar el crédito otorgado, resulten insolventes. En este supuesto, de acuerdo con la normatividad legal, es claro que el único codeudor solvente, a pesar de que no tenía interés en la relación interna de la obligación, será quien termine respondiendo frente a la entidad crediticia con el pago del capital y de los correspondientes intereses, si fuera el caso.

Como sabemos, si se efectuase dicho pago por tal codeudor solvente, se produciría un supuesto de subrogación legal o de pleno derecho, según lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil. Resulta también altamente probable que aquellos codeudores que se encontraban en situación de insolvencia, nunca lleguen a variar dicho estado y, de esta forma, no podrán estar

en aptitud de responder frente al ex-codeudor (hoy acreedor de ellos en virtud de la subrogación de pleno derecho).

En este caso, nos encontraríamos ante una persona que, al aceptar voluntariamente ser codeudor en una obligación en la que no tenía interés alguno, habría realizado un acto de liberalidad, asumiendo el riesgo o la posibilidad de responder por el íntegro de la obligación y carecer, en la práctica, del poder efectivo para recuperar lo pagado de sus demás codeudores.

Empero, este acto de liberalidad no representa, en sí, una condonación o un perdón de la deuda, ya que al haberse producido la subrogación legal o de pleno derecho, el acreedor que pagó tendrá la posibilidad de reclamar a cada uno de sus codeudores la parte que les corresponde en la relación interna (argumento del artículo 1263 del Código Civil).

– ***Con respecto al reconocimiento de obligaciones.***

Como sabemos, el reconocimiento de una obligación es el acto a través del cual el deudor admite frente al acreedor la existencia de una deuda, hecho por el cual el acreedor se verá en una más sólida posición que aquélla en la que se encontraba anteriormente, para poder hacer valer sus derechos judicial o extrajudicialmente.

Ahora bien, sería difícil calificar al reconocimiento de una obligación como un acto de liberalidad, en la medida en que, si bien resulta voluntario y unilateral, él no significa que el deudor esté haciendo algo distinto que empezar a honrar la obligación contraída. Nos referimos, por cierto, al supuesto de que el acreedor tenga dificultades para hacer efectivos sus derechos ante los Tribunales de Justicia<sup>(34)</sup>.

---

(34) Sería el caso, frecuente sin duda, de un préstamo entre personas allegadas, el mismo que suele convenirse verbalmente y que se basa en la confianza y la buena fe. Aquí, si el deudor no paga, resultaría muy difícil para el acreedor cobrar su crédito, dada la carencia de medios probatorios.

Además, en este caso no existe perdón alguno del acreedor con respecto al deudor. Por el contrario, un reconocimiento otorgado de manera que resulte eficaz al acreedor, podrá constituir su mejor arma para cobrar dicho crédito, situación distinta a la anterior, fundamentalmente por la ausencia de pruebas.

Sin embargo, resulta evidente que no se descarta la posibilidad que, luego de efectuado el reconocimiento de la obligación, el deudor pueda verse beneficiado con la condonación de la deuda por parte de su acreedor. Con esto no queremos decir que la condonación sólo sea factible de producirse en la medida que exista reconocimiento de la deuda. Podríamos imaginar una condonación en la que no mediare reconocimiento alguno, como sería el caso de un acreedor que, asumiendo la imposibilidad de cobro –o por cualquier otra razón, ya sea por interés, o de índole afectivo, por agradecimiento, etc–, llegara a un acuerdo con su deudor, a través del cual, precisamente, conviniese en extinguir la obligación sin que medie pago alguno (acuerdo condonatorio). Pero, admitimos que dado el usual conflicto que se presenta entre ambas partes en una situación como la descrita, resultaría prácticamente impensable que algo así ocurriese en la práctica.

Para culminar con nuestras reflexiones acerca de la relación existente entre el reconocimiento de una obligación y la condonación de la misma, debemos aclarar que nos hemos estado refiriendo al reconocimiento efectuado a título gratuito, vale decir, a aquél en el cual no media contraprestación alguna por parte del acreedor al deudor, con el fin de que éste último reconozca la deuda.

– ***Con respecto a la cesión de derechos.***

Cabe precisar, en primer término, que la cesión de derechos en general puede realizarse tanto a título oneroso como a título gratuito. Es claro que sólo la cesión de derechos a título gratuito constituiría un acto de liberalidad. Por tanto, es a esta especie a la que nos estamos refiriendo.

La cesión de derechos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1206 del Código Civil, es el acto de disposición por el cual el acreedor cedente trasmite al tercero cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto, pudiendo hacerse incluso sin el asentimiento del deudor.

Más allá del tema de la forma, debido a que la cesión de derechos debe efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad –en tanto que la condonación tiene libertad de forma–, es claro que se trata de actos diferentes. Como lo hemos dicho, estamos centrandó nuestras opiniones en la cesión de derechos a título gratuito. Empero, en este supuesto no existe condonación alguna, en la medida en que el acreedor cedente transferirá a un tercero (ajeno a la relación obligatoria original) el derecho a hacer exigible la prestación del deudor cedido. Esto significa que podría entenderse que si existe liberalidad, ella se circunscribe a la relación entre acreedor y tercero (partes entre las cuales podría no existir relación obligacional alguna).

No puede entenderse que existe condonación de por medio, ya que el acreedor, al ceder sus derechos a ese tercero, no ha perdonado el cobro de la deuda al deudor cedido. Lo que está haciendo, simplemente, es transferir la posibilidad de que la misma sea cobrada por el tercero cesionario, persona que no ha realizado acto de liberalidad alguno con el deudor cedido (a quien tal vez ni siquiera conozca).

– ***Con respecto al pago efectuado por un tercero.***

Como ha sido manifestado oportunamente, el pago de una obligación que no revista carácter **intuitu personae**, bien sea por su naturaleza o por el pacto, puede ser efectuado por el deudor, por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, o por un tercero ajeno a la relación obligatoria.

Es obvio que, si hacemos referencia al pago efectuado por el propio deudor o por el tercero interesado patrimonialmente en

que se cumpla la obligación, no estaremos en presencia de acto de liberalidad alguno, pues estaría pagando aquella persona a quien corresponde hacer el pago (si se tratara del deudor) o una persona cuyo patrimonio se vería expuesto a sufrir consecuencias negativas en caso de que no pagase el deudor (si quien pagase fuese el tercero interesado patrimonialmente).

Pero, si el pago es hecho por un tercero no interesado patrimonialmente en el cumplimiento de la obligación, podríamos pensar que dicho acto constituye una liberalidad, en la medida en que de no hacerlo no se originarían consecuencias económicas negativas respecto a él.

Sin embargo, el asunto no es tan sencillo como parece, ya que podría suceder que dicho tercero al pagar se subrogue en el lugar del acreedor, recurriendo al mecanismo de la subrogación convencional planteado por los incisos 1 y 2 del artículo 1261 del Código Civil, vale decir, cuando el acreedor recibe el pago de un tercero no interesado y lo sustituye en sus derechos o cuando el tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor. En estos casos, en que ha operado la subrogación, el tercero subrogante podría ejercitar los derechos del acreedor subrogado, sustituyéndolo en todos sus derechos, acciones y garantías, hasta por el monto de lo que hubiese pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil).

Pero también podría ocurrir que el acreedor renunciara al cobro de la deuda, a pesar de tener derecho a exigirla o, incluso, que celebrara un convenio condonatorio con el deudor. Esto significaría que podría presentarse un caso de subrogación convencional, seguido de una condonación.

Es posible, por otro lado, que el pago lo efectúe un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, pero que no se llegue a configurar la subrogación convencional prevista por alguno de los supuestos del artículo 1261 del Código Civil.

En este caso sería aplicable lo dispuesto por el artículo 1222, segundo párrafo, del Código Civil, precepto general que es-

tablece que quien paga sin asentimiento del deudor sólo puede exigir la restitución de aquéllo en que le hubiese sido útil el pago. Pero, como es evidente, si bien podría exigir dicha restitución, también podría no hacerlo, ya sea por simple renuncia al cobro de lo pagado o por producirse una condonación de la deuda acordada entre dicho tercero (que al tener derecho a cobrar vía repetición, es un acreedor) y el deudor que se vio liberado por el pago del referido tercero.

– ***Con respecto a la novación subjetiva por cambio de deudor en la modalidad de expromisión.***

En relación con este tema, remitimos al lector a lo expuesto en nuestro análisis sobre esa institución. Sólo queremos descartar que esta figura pueda asimilarse a la condonación, en la medida en que, como todo acto de liberalidad, requiere del consentimiento de aquel que desea realizarlo y de la contraparte. Contrariamente, la novación por expromisión es un acto unilateral, en el sentido que ella puede ser efectuada por el acreedor, incluso sin el asentimiento del deudor (más allá de que es bilateral en el sentido de que se celebra por acuerdo entre el acreedor y el tercero que pasa a ocupar la posición de deudor en la obligación que sustituye a la primitiva).

No vamos a ahondar sobre el tratamiento del tema, pues ya lo hemos hecho en su momento. Nos limitamos a decir que al mismo le serían aplicable las consecuencias o efectos del pago realizado por un tercero no interesado patrimonialmente en el cumplimiento de la obligación.

– ***Con respecto a la transacción.***

A diferencia de la condonación, la transacción no reviste carácter gratuito, ya que ambas partes se benefician con el acto transaccional; por ello la ley (artículo 1302 del Código Civil Peruano) subraya el hecho de que dichas partes se hagan concesiones recíprocas, vale decir, que ambas cedan algo, una en favor de la otra.

En tanto la condonación se refiere necesariamente a una obligación (o a varias, pero en todas las cuales las partes conservan las mismas calidades de acreedor y deudor), en la transacción podría ocurrir que las partes mantengan inversamente las calidades de acreedor y deudor, vale decir, que en alguna de las obligaciones el deudor sea una de las partes, en tanto que en otra esa misma parte sea acreedor.

Para que se produzca la condonación de una deuda no tiene por qué existir asunto dudoso o litigioso alguno. Simplemente, las partes acuerdan extinguir la obligación cuyo cumplimiento está pendiente.

En cambio, es requisito indispensable para que se produzca una transacción, el hecho de que exista un asunto dudoso o litigioso, es decir, controversial, ya sea dentro o fuera de un litigio.

Otro de los aspectos en que podríamos distinguir a la transacción de la condonación es el relativo a su formalidad. Mientras la transacción es un acto netamente formal, pues en virtud de lo prescrito por el artículo 1304 del Código Civil debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad (en caso de ser una transacción extrajudicial), o por petición al juez que conoce el litigio (si se trata de una transacción judicial), la condonación es un acto con libertad de forma.

La condonación y la transacción coinciden en que ambas recaen única y exclusivamente sobre derechos de contenido patrimonial. Sin embargo, la condonación sólo versa sobre derechos de crédito, en tanto que la transacción puede versar sobre derechos de crédito o derechos no crediticios.

Un punto de interés a reparar respecto a estas dos figuras es la divisibilidad. Es perfectamente válida y posible la condonación parcial de una deuda. Pero, en lo que se refiere a la transacción, la doctrina generalmente no se pronuncia sobre si tiene o no validez una transacción parcial, vale decir, aquella celebrada no con el ánimo de poner fin o solucionar la integridad del asunto dudoso o litigioso existente entre las partes, sino solamente un as-

pecto del mismo. Consideramos que ello es perfectamente posible, no sólo en ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino porque no existe ni podría existir razón valedera alguna para que la ley se oponga a la validez de una transacción parcial, en la medida en que para el Derecho y para la sociedad en su conjunto, resulta preferible que un problema se solucione, aunque sea parcialmente, en vez de que siga existiendo en toda su magnitud.

– ***Con respecto a la cesión de posición contractual.***

Aun cuando estemos ante una cesión de posición contractual realizada a título gratuito, resulta evidente que en ella no hay perdón de ninguna deuda respecto de la parte cedida, quien de ahora en adelante compartirá la relación contractual con el tercero cesionario. Tal vez la única similitud consista en que el acto de cesión se realiza a título de liberalidad.

– ***Con respecto al contrato en favor de tercero.***

En la celebración del contrato a favor de tercero no interviene tal tercero, sino que éste se mantiene ajeno a la celebración del acto y, de aceptarlo posteriormente, podrá verse beneficiado con las prestaciones que se hayan generado a su favor. A pesar de existir un beneficio producto de un acto de liberalidad, en modo alguno estamos ante un acto condonatorio.

– ***Con respecto a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.***

Nada impide que dos personas celebren una promesa de la obligación o del hecho de un tercero a título gratuito, vale decir, sin que exista la obligación de indemnizar en caso que no se cumpla con aquéllo que se ha prometido. Esto significaría estar en presencia de un acto de liberalidad. Pero es claro que este acto no importa una condonación.

– ***Con respecto al contrato de suministro a título gratuito.***

Si las partes celebrasen un contrato de suministro a título de liberalidad, no podría confundírsele con la condonación, siendo aquél casi siempre un acto generador de obligaciones y, excepcionalmente, regulatorio o modificadorio, mas nunca extintivo.

En adición, puede decirse que el suministro es un contrato formal, en tanto que la condonación no lo es.

– ***Con respecto al contrato de mutuo sin intereses.***

Podría entenderse que existiría una eventual similitud entre ambas instituciones si se comprendiera al mutuo sin intereses como un acto en el cual, al tener carácter excepcional, el mutuante está acordando conceder al mutuuario una condonación o perdón –también excepcional– respecto de aquellos intereses compensatorios que le corresponderían por privarse del uso del dinero o de cualquier otro bien consumible que constituya objeto del mutuo. No compartimos esta lectura del problema, ya que las partes tienen la más amplia libertad de convenir el mutuo con o sin intereses y, si lo celebran sin intereses, ello no implica el perdón de los mismos, sino que las partes han decidido celebrar un acto de liberalidad distinto a la condonación.

Tanto el contrato de mutuo –salvo supuestos especiales– como la condonación son de carácter consensual, es decir, no requieren recurrir a formalidad alguna.

– ***Con respecto al contrato de hospedaje a título gratuito.***

Una vez más, nada impide la existencia de un hospedaje en el cual se convenga que el huésped no pague retribución alguna. Estaríamos, evidentemente, ante un acto de liberalidad. Siendo tan marcadas las diferencias entre este acto de liberalidad y la condonación, no nos detendremos a analizarlas.

– ***Con respecto al contrato de comodato.***

El comodato no implica el perdón de deuda alguna. Simplemente se trata de un acto de liberalidad que forma parte del conjunto de actos de esta naturaleza susceptibles de ser concertados.

– ***Con respecto a los contratos de locación de servicios y de obra a título gratuito.***

Los contratos de locación de servicios y de obra no implican, en la eventualidad de que se celebren a título gratuito, la existencia de condonación alguna. No es que una parte esté renunciando a cobrar por el trabajo realizado. Simplemente pacta no cobrar absolutamente nada por el mismo. Se trata, en consecuencia, de una forma más de liberalidad, distinta de la condonación.

– ***Con respecto al contrato de mandato a título gratuito.***

Al igual que en el supuesto precedente, es claro que el mandante no estaría aquí renunciando o perdonando una prestación. La realidad es que nunca le habría correspondido una retribución, en la medida en que decidió celebrarlo a título de liberalidad.

– ***Con respecto a los contratos de depósito y de secuestro a título gratuito.***

A diferencia de lo que ocurre con los contratos de locación de servicios, de obra y de mandato, los contratos de depósito y de secuestro no se presumen onerosos. Por el contrario, se presumen gratuitos, salvo que por pacto distinto o por la calidad profesional, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduzca que son remunerados.

La liberalidad de ambas figuras constituye uno de los pocos puntos de similitud o confluencia con la condonación.

– ***Con respecto al contrato de renta vitalicia a título gratuito.***

Resulta plenamente factible pactar una renta vitalicia a título de liberalidad, vale decir, sin contraprestación alguna a ser pagada por el beneficiario de la renta vitalicia en favor del instituyente de la misma.

En este caso, la renta vitalicia sólo estaría compartiendo como característica común con la condonación el tratarse de actos celebrados a título de liberalidad, pues no habría más puntos de conexión entre ambos.

Por lo demás, la renta vitalicia es un acto de carácter formal, pues la ley exige que se constituya por escritura pública, bajo sanción de nulidad, mientras la condonación es un acto que, como hemos mencionado, goza de la más amplia libertad de forma.

– ***Con respecto a los derechos de usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbre constituidos a título gratuito.***

Si el usufructo, el uso, la habitación, la superficie o la servidumbre se constituyen a título gratuito o de liberalidad, compartirían este rasgo característico con la condonación, pero nada más, ya que no importan el perdón de deuda alguna.

– ***Con respecto a la constitución de patrimonio familiar en favor de alguna de las personas contempladas en el artículo 493 del Código Civil.***

El patrimonio familiar es una institución muy propia de nuestro sistema, el mismo que pone en evidencia una clara voluntad de protección a la familia.

Como sabemos, el interesado en constituir patrimonio familiar puede hacerlo en diversos casos<sup>(35)</sup>.

Entendemos que, al constituirse el patrimonio familiar en favor de algunas personas y dado el régimen que sobre el tema establece nuestra legislación civil, son múltiples los beneficios que concede esa figura jurídica. Y, en la medida que tal acto se realiza a título gratuito, nos encontramos frente a una liberalidad. Este aspecto de gratuidad es el único punto de similitud con la condonación.

Además, como sabemos, el patrimonio familiar se constituye respecto de un bien, mientras que la condonación recae sobre un crédito.

– ***Con respecto al contrato de fianza a título gratuito.***

Reconociendo que ésta no es la situación más común, nada impediría –dentro del plano teórico y práctico– que alguien otorgue fianza **motu proprio**, vale decir, espontáneamente y sin intervención del deudor. Con ello nos estamos refiriendo al hecho de que el deudor no haya gestionado que se celebre el referido contrato de fianza y que el fiador lo afiance respecto de su acreedor.

Esta fianza gratuita configuraría un acto de liberalidad celebrado entre el fiador y el acreedor de la relación obligatoria principal, pero no implica condonación alguna.

---

(35) Por ejemplo, el cónyuge puede constituir –sobre uno o más bienes propios– patrimonio familiar a favor del otro cónyuge. Otro supuesto es el del padre o la madre que, viudo o divorciado, constituye patrimonio familiar sobre sus bienes propios en favor de algún hijo o de varios de ellos. También se contempla el caso del padre o madre solteros que constituyen patrimonio familiar en favor de un hijo o hijos, con respecto a bienes de su propiedad. Por último, la norma admite el caso general del patrimonio familiar que podría constituir cualquier persona –sobre sus bienes propios– en favor de alguien con quien no necesariamente tenga relación conyugal o paterno-filial, siempre dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

- ***Con respecto a la constitución –a título gratuito– de un derecho real de prenda, de hipoteca o de anticresis, afectando un bien en garantía de una obligación ajena.***

Imaginemos que nos encontramos ante el supuesto de que una persona decide afectar en garantía –prendaria, hipotecaria o de anticresis– de una obligación ajena, un bien (mueble o inmueble, según el caso) de su propiedad, pero sin recibir nada a cambio. Sin duda nos encontraríamos frente a un acto de liberalidad.

No obstante ello, resulta evidente que semejante acto dista mucho de parecerse a una condonación, en la medida en que no hay perdón de deuda alguna. Esta modalidad de acto a título gratuito sólo importa respaldo o apoyo para que el deudor pueda contraer la obligación asumida.

- ***Con respecto al pago de una obligación natural.***

Si estuviésemos en presencia de una obligación natural, sea cual fuere la causa que dio origen a que tuviera tal condición (ya se trate de la prescripción extintiva o de una deuda fruto del juego y apuesta no autorizados, pero tampoco prohibidos), es potestad del deudor decidir o no pagarla.

Este tipo de obligaciones no son exigibles porque no confieren acción para demandar el cumplimiento del deudor. Son deberes expresamente previstos por la norma jurídica, la misma que les confiere contenido patrimonial y que impide repetir a quien, sin estar obligado, paga tal deuda<sup>(36)</sup>.

Ahora bien, podríamos preguntarnos sobre el supuesto en que el acreedor de una deuda ya prescrita, decide no cobrarla, no por el hecho de que la misma hubiera prescrito (situación que po-

---

(36) Respecto a las obligaciones naturales, remitimos al lector a lo expresado al analizar el requisito de exigibilidad en la Compensación, así como a la parte correspondiente al comentar el artículo 1289.

dría serle desconodida), sino por tener la voluntad de perdonar la referida obligación.

Si se tratase de un acto unilateral, lo más que podríamos llegar a decir es que se asemejaría a una renuncia al cobro (en la medida que podría ocurrir que de requerir el pago judicial o extrajudicialmente, nunca le sea deducida la prescripción por su deudor).

Pero podríamos estar ante un supuesto de condonación, si más allá de haberse percatado o no las partes del hecho de que la deuda ya estaba prescrita, decidieran convenir la condonación de la misma.

El efecto que diferencia el pago de una deuda prescrita con el de una deuda condonada (prescrita o no) es que en el primer caso el deudor que pagó ya no puede repetir, pues ha cumplido con el deber moral subsistente, el cual se encuentra previsto en la norma positiva. Habría cumplido el pago de su obligación natural. En cambio, en el segundo caso (pago de una deuda condonada, haya prescrito o no), el ex-deudor podría repetir contra el ex-acreedor, puesto que tal deuda ya no existía en ningún plano (ni jurídica ni naturalmente). Al condonarse la deuda, la obligación no se transforma sino que se extingue, desaparece.

– ***Con respecto a la promesa unilateral formulada a título gratuito.***

Podría darse el caso en el que una persona haya formulado públicamente una promesa unilateral de recompensa por algún bien que se le hubiere extraviado. En este supuesto, dicha persona tendrá la obligación de cumplir con la promesa formulada si alguien encuentra el bien y se lo devuelve.

Si quien encuentra y devuelve el bien no acepta la recompensa ofrecida, nunca se habría generado la obligación de pago, en sentido estricto, en la medida en que para que la misma resul-

te eficaz, se requiere necesariamente del asentimiento del eventual beneficiario de la recompensa.

Pero podría ocurrir que, luego de haber aceptado recibir la recompensa ofrecida (pero no habiéndola recibido aún), el eventual beneficiario de la misma decidiese renunciar a cobrarla (supuesto de renuncia), y entonces se abstuviera de reclamarla o cobrarla. Aquí habría renuncia, mas no condonación. En tanto que, si conviene con el deudor la remisión de la deuda, sí se configuraría una condonación.

– ***Con respecto a cualquier otro supuesto de liberalidad no mencionado anteriormente.***

Existen, sin duda, numerosos supuestos de liberalidad que no hemos desarrollado, pues nuestro análisis ha sido tan sólo enunciativo y no restrictivo. Sin embargo, en todos los casos deberá tenerse en cuenta que la condonación es únicamente una especie del género constituido por los actos de liberalidad, revisitando características propias que –en mayor o menor medida– la distinguen de los demás.

Por último, habiendo concluido nuestros comentarios referentes al artículo 1295 del Código Civil de 1984, debemos mencionar que este cuerpo legislativo sólo emplea, en todo su articulado, el término “condonación”, a diferencia del Código Civil de 1936, que utilizaba indistintamente las palabras “condonación” o “remisión”, las mismas que son sinónimas. Nos parece acertado, no obstante que en nuestro lenguaje resulta más elegante el empleo de sinónimos a fin de no “repetir” palabras, uniformizar con un solo término esta figura jurídica, ya que es más eficiente dar prioridad a la claridad y exactitud, particularmente de las instituciones, evitando así posibles confusiones o desconciertos.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1295.***

En relación al tema de la condonación, podríamos citar las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.– “La circunstancia de aparecer en la partida de “Ganancias y Pérdidas” de los Libros de Contabilidad de un comerciante una suma de dinero debida a éste, no importa condonación sino pago efectivo que debe descargarse de su deuda.” Revista de los Tribunales, 1932, Página 47. (Artículo 1298 del Código Civil de 1936).

II.– “No puede considerarse como donados los intereses no cobrados por omisión en el juicio en que se demandó el pago del capital adeudado.” Revista de los Tribunales, 1946, Página 405. (Artículo 1298 del Código Civil de 1984).

– ***Concordancias nacionales.***

Forma del acto jurídico, artículo 143 del Código Civil / Acto jurídico posterior a la sentencia, artículo 339 del Código Procesal Civil.



– **CONDONACION EFECTUADA A UNO DE LOS GARANTES. EFECTOS.**

**Artículo 1296.**- *“La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes.*

*La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1296.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trataba el tema en su artículo 882, el mismo que establecía lo siguiente: “La remisión o descargo convencional concedido al deudor principal libra a los fiadores; pero el que se concede a uno de éstos, no libra al deudor principal ni a los demás fiadores.”

Por su parte, el *Código Civil de 1852* lo hacía en tres preceptos, a saber, el artículo 2246: “La condonación hecha a uno de

los fiadores simples no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás fiadores. Si el deudor principal es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, rebajada la parte que corresponda al que fue perdonado.”; el artículo 2247: “Quedan libres los fiadores, si es perdonado el deudor.”; y el artículo 2245: “El perdón hecho a uno de los deudores mancomunados extingue la obligación, si el acreedor no se reservó el derecho de cobrar a los otros. En este último caso, el perdón es de la parte que debía pagar el deudor mancomunado.”

De otro lado, el *Proyecto de Código Civil de 1890* se ocupaba de la materia en su artículo 2970: “Por la remisión del deudor principal quedan libres los fiadores; mas por la del fiador no queda libre el deudor principal. La remisión concedida a un fiador solidario no libra a los otros, sino en el caso del artículo 2967, conforme a lo que allí se dispone respecto de deudores solidarios.”; mientras que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 277: “La condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores. Si el deudor principal es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, rebajando la parte que corresponde al que fue perdonado.”

El *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, abordaba el tema en su artículo 265: “La condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores. Si el deudor es insolvente, el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, rebajando la parte que corresponda al que fue perdonado.”; en tanto que el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, lo hacía en el numeral 1289: “La condonación hecha a uno de los fiadores, no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores.”

El *Código Civil de 1936* regulaba la materia en los artículos 1300: “La condonación hecha a uno de los fiadores no extingue la obligación del deudor principal, ni de los demás fiadores.” y 1799: “La liberación consentida por el acreedor a uno de los fiadores sin

asentimiento de los otros, aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en su artículo 162: “La condonación hecha a uno de los fiadores no extingue la obligación del deudor principal ni de los demás fiadores”; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo abordaba en el numeral 151: “La remisión a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La remisión efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó.”

El *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, establecía en el artículo 1314 lo siguiente: “La remisión a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La remisión efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante a cuyo favor se realizó.”; en tanto que el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el artículo 1263: “La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante a cuyo favor se realizó.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1296 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1144 –similar a la primera parte del artículo 1296 peruano–), Hondureño de 1906 (artículo 1468 –similar a la primera parte del artículo 1296 peruano–), Mexicano (artículo 2210), Francés (artículos 1285 y 1287), estableciendo este último que la remisión o el descargo convencional concedido al deudor principal libera a los fiadores; los que se concedan al fiador no liberan al deudor

principal; los que se concedan a uno de los fiadores no liberan a los demás. También coinciden con el Código Civil Peruano, los Códigos Boliviano de 1976 (artículo 361), Boliviano de 1831 (artículo 880), Venezolano de 1942 (artículo 1329), Venezolano de 1880 (artículo 1228), Egipcio (artículo 245), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 212), y Código Cubano de 1988 (artículo 304, inciso 2).

El Código Civil Uruguayo (artículo 1523) dispone que la remisión hecha al deudor principal libera a los fiadores, en tanto que la remisión concedida al fiador no libera al deudor principal; la concedida a uno de los fiadores no libera a los otros, a menos que se haya remitido totalmente el crédito de uno de los codeudores solidarios, liberando a todos los demás. Este mismo cuerpo legal, en su artículo 1524, señala que lo que el acreedor haya recibido de un fiador, para liberarle de la fianza, debe imputarse en la deuda, y aprovecha al deudor principal y a los otros fiadores. El Anteproyecto de Código Civil Boliviano de Angel Ossorio y Gallardo de 1943 (artículo 846, tercer párrafo) prescribe que la condonación de la obligación principal extingue las accesorias o garantizadoras, pero que la condonación de éstas deja subsistente la primera.

Por otra parte, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 872) añade que, si los otros fiadores han consentido la liberación, quedan ellos obligados por la totalidad. En similares términos se manifiestan el Código Civil Paraguayo de 1987 en su artículo 614, y el Código Guatemalteco de 1973 (artículos 1490, 1492 y 1493), que establecen, respectivamente, que el perdón de la deuda hecho al deudor, aunque no sea aceptado por éste, extingue la obligación de los fiadores y cualesquiera otras garantías, y que la condonación hecha a uno de los fiadores simples no extingue la obligación del deudor ni la de los demás fiadores. Este último Código Civil, a diferencia del nuestro —que no lo hace— prevé el caso en que el deudor caiga en insolvencia, supuesto en el cual el acreedor cobrará su crédito de los demás fiadores, luego de rebajar la parte que corresponde al fiador que fue perdonado. El Código Egipcio (artículo 244) indica que la condonación hecha a un deudor libera a sus garantes. Este mismo

cuerpo legislativo agrega (artículo 247) que la condonación hecha al fiador se entiende efectuada a su fianza.

Finalmente, el Código Portugués (artículo 866) prevé la eficacia de la remisión con referencia a terceros y prescribe lo siguiente: 1° La remisión concedida al deudor aprovecha a terceros; 2° La remisión concedida a uno de los fiadores aprovecha a los otros en la parte del fiador exonerado, mas si los otros consintieron en la remisión, responden por la totalidad de la deuda, salvo declaración en contrario; 3° Si fuera declarada nula o anulada la remisión por acto imputable al acreedor, no renacen las garantías prestadas por terceros, excepto si éste conocía el vicio en la fecha en que tuvo noticias de la remisión.

#### – **Análisis.**

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste extingue la obligación (argumento del artículo 1295). Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías<sup>(1)</sup>, ya que, como sabemos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296, bajo comentario, contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor, sino con uno de sus garantes. De ser éste el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habría extinguido, con las limitaciones que luego analizamos.

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que, si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional es

---

(1) Tanto garantías reales (hipoteca, prenda, anticresis) como personales (fianza).

más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Si hubiese otros garantes además de aquel cuya garantía se hubiese condonado, dicha condonación no surtirá efectos respecto a los demás garantes y, en tal virtud, seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes.

En caso de existir garantía mancomunada, la responsabilidad de los garantes no abarca el íntegro de la deuda asumida por el deudor principal, sino cada uno de ellos responderá exclusivamente por su cuota parte, autónoma y diferente de las demás, no resultando ninguno afectado por la condonación en favor de alguno de los otros.

Así, imaginemos que José, Martín y Pedro son garantes mancomunados del crédito que Ana tiene a su favor contra Antonio (este último es el deudor principal). Suponiendo que la deuda asciende a 15,000.00 nuevos soles y que los garantes se obligaron por partes iguales, entonces cada uno de ellos es responsable por 5,000.00 nuevos soles. Si Ana liberase a José de su garantía, la situación de Martín y la de Pedro no variaría: ambos seguirían respondiendo por sus montos originales, es decir, por 5,000.00 nuevos soles cada uno. Ana no podría exigir más de esta suma a cada uno de ellos.

Vale la pena reiterar que, en ese caso, en nada se altera la obligación principal a cargo del deudor (Antonio).

Ahora bien, tratándose de garantía solidaria la situación es distinta. Aquí habría que preguntarse si la condonación a uno de los garantes solidarios puede aprovechar o perjudicar a los demás garantes. Para ello, debemos distinguir si la condonación ha sido realizada contando con el asentimiento de los otros garantes o si se llevó a cabo sin tal asentimiento.

Si la condonación operada en favor de uno de los garantes

solidarios hubiese sido hecha contando con el asentimiento de los demás garantes, sólo aprovecharía al garante que la hubiese celebrado con el acreedor. Esto quiere decir que los garantes solidarios restantes continuarían respondiendo por el total de la garantía, ya que se entiende que prestaron su consentimiento con el fin de exceptuar de responsabilidad al liberado, asumiendo ellos dicha carga. En el mismo ejemplo anterior, si la fianza hubiera sido solidaria y la condonación de José hubiese contado con el asentimiento de Martín y de Pedro, estos últimos seguirían garantizando solidariamente la obligación por 15,000.00 nuevos soles.

Si, por el contrario, dicha condonación hubiera sido realizada sin el asentimiento de los otros garantes (término que incluye los supuestos en que no se hubiese comunicado dicha condonación a los otros garantes o que, comunicándola, éstos guardaran silencio o se pronunciaran contrarios a la misma), aprovecharía a todos los garantes, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó. Es decir, cuando los garantes son solidarios y se libera a uno de ellos sin el consentimiento de los otros, los demás detraen de la garantía la parte que tocaba al liberado, por lo que les aprovecha parcialmente. A pesar de no haber sido establecido de manera expresa por el Código Civil, consideramos evidente que dicho aprovechamiento será proporcional a los montos garantizados por los garantes favorecidos en las relaciones internas entre ellos.

Así, en este supuesto, la condonación de Ana a José, realizada sin el asentimiento de Martín ni de Pedro (garantes solidarios), reduciría el monto total de la garantía de 15,000.00 nuevos soles a 10,000.00 nuevos soles, pues se restaría el monto correspondiente al garante respecto a quien se ha producido el perdón.

Por último, si alguno de los garantes es insolvente, ¿qué responsabilidad tendría el garante a quien le condonaron su garantía? Si dicha condonación se produjo con el asentimiento de los demás garantes, no tendría responsabilidad alguna; pero, en caso contrario, compartiría, en su proporción original de las relaciones internas entre los garantes, la parte del insolvente.

– ***Concordancias nacionales***

Liberación del fiador por efectos de la dación en pago, artículo 1900 del Código Civil.

- **CONDONACION TACITA OPERADA MEDIANTE LA ENTREGA DEL DOCUMENTO EN QUE CONSTA LA DEUDA. PRESUNCIONES.**

*Artículo 1297.- "Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado."*

- ***Fuentes nacionales del artículo 1297.***

Dentro de la Legislación Colonial, la Ley de las Siete Partidas, Ley 11, Título XIX, Partida Tercera, establecía lo siguiente: **"Si la carta rota o cancelada se fallare en poder de aquella otra parte contra quien fue hecha, sospecharan los sabios antiguos en tal razon como esta, que el debdor era quito de la debda."**

También debemos referirnos a la Ley 40, Título XIII, Partida Quinta: **"E calladamente quitaría ome el derecho que auía sobre el peño, como si la obligación de la cosa empeñada fuese fecha por carta, e el señor del debdo, que tuuiesse la carta, la cancelasse, o la rompiesse, o la diesse a aquel que gela empenara. Ca tornandole la carta de la debda principal, o cancellandola, entendiessse quel quita el debdo, e el derecho que auía sobre el peño."**

Finalmente, la Ley 9, Título XIV, Partida Quinta, prescribía que: **“Si un ome diesse a otro la carta que auía sobre el, del debdo que le deuesse, o la rompiesse a sabiendas, con entencion de quitarle el debdo, seria quito porende, como si lo ouiesse pagado. Pero si aquel que auía de auer el debdor, pudiere prouar con omes buenos, que dio la carta en fieldad al debdor, e non con voluntad de quitarle el debdo; o que gela furtaron, o forcaron, o gela rompieron contra su voluntad; estonce en saluo le fincaria su derecho, contra aquel que deuía la debda.”**

El artículo 1297 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

Por su parte, el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* regulaba el tema en sus artículos 877: “La entrega voluntaria del documento original privado, que el acreedor hace al deudor, es una prueba de remisión.”; 878: “La entrega voluntaria de la copia del documento hace presumir la remisión, sin perjuicio de la prueba en contrario.”; 879: “La entrega del documento original privado, o la de la copia hecha a uno de los deudores **in solidum**, produce los mismos efectos para con los demás.”; y 880: “La remisión o descargo convencional en favor de uno de los deudores **in solidum**, libra a los demás, a no ser que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra éstos, en cuyo caso no puede repetir la deuda sin deducir la parte de aquel a quien ha hecho la remisión.”; en tanto que el *Código Civil de 1852* no abordaba esta materia.

El *Proyecto de Código Civil de 1890* la trataba, por su parte, en los numerales 2964: “La remisión puede ser expresa o tácita. Expresa, cuando el acreedor declara que perdona la deuda, o pacta con el deudor que nunca la reclamará. Tácita, cuando ejecuta algún acto por el cual se presume la intención de remitir la deuda.”; 2965: “Los hechos que constituyen remisión tácita, son: 1° Entregar al deudor el documento simple que sirve de título de la deuda; 2° Destruir, o cancelar el acreedor, el mismo documento.— Sin embargo no hay remisión, si el acreedor prueba

que entregó el documento al deudor en confianza, y sin intención de remitir la deuda, o que no fue entregado por él mismo, ni por persona a quien él hubiese autorizado, o que lo rompió inadvertidamente.”; 2966: “La entrega de un documento simple a cualquiera de varios deudores solidarios, es remisión tácita de la deuda respecto de todos los codeudores, salvo lo dispuesto en la segunda parte del artículo que precede.”; y 2967: “La remisión parcial o total del crédito hecha en favor de un codeudor solidario, libra a todos los demás total o parcialmente; a no ser que el acreedor se haya reservado de un modo expreso su derecho contra alguno de ellos.— Verificada la remisión con tal reserva, tiene el acreedor acción contra los demás codeudores, deducida la parte correspondiente al deudor, a quien haya exonerado de responsabilidad.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trataba el tema en su artículo 278: “Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado.”; en tanto que el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, lo hacía en el artículo 266: “Habrà remisión de la deuda, cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, en el artículo 1290: “Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1301: “Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, proponía en el numeral 163 lo siguiente: “Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado.”; mientras que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, expresaba

en el artículo 152 que: “Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que aquella constare, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.”

Por último, el artículo 1315 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, planteaba el texto siguiente: “Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que aquella constare, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.”; mientras el numeral 1264 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, establecía que: “Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquélla, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1297 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1142), Hondureño de 1906 (artículo 1466), Francés (artículos 1282, 1283 y 1284), Panameño (artículo 1074, el mismo que agrega que si para invalidar esta renuncia se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda), Ecuatoriano (artículo 1627, primer párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1326), Venezolano de 1880 (artículo 1226), Chileno (artículo 1654), Boliviano de 1976 (artículo 359), Boliviano de 1831 (artículo 875), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 870), Paraguayo de 1987 (artículo 612, el cual establece además que siempre que dicho título se halle en poder del obligado, se presume que el acreedor lo entregó voluntariamente), Brasileño (artículo 1053), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 384), Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 210) y Código de la Provincia de Québec (artículo 1181, segundo párrafo).

El Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 601) prescribe que hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación o lo destruye o cancela con el ánimo de extinguir la deuda. Este mismo texto señala

que el acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda, pero que a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

El Código Civil Uruguayo (artículo 1519) dispone que la entrega del testimonio de un documento protocolizado hace presumir la remisión de la deuda, pero si el acreedor lo negare, corresponde al deudor probar que la entrega ha sido voluntaria.

Por su parte, el Código Español (artículo 1188) establece que la entrega del documento original implica la renuncia de la acción que el acreedor tenía contra el deudor y que, si para invalidar la renuncia se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos pueden sostenerla probando que la entrega de tal documento se hizo en virtud del pago de la deuda. El Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y los Contratos de 1927 (artículo 209), a su turno, anota que la entrega voluntaria del título original prueba la condonación.

Finalmente, el Código Argentino (artículo 879) prevé que si el documento de la deuda fuere un documento protocolizado, y su copia legalizada se hallare en poder del deudor sin anotación del pago o remisión del crédito, y el original se hallase también sin anotación de pago o remisión firmada por el acreedor, será de cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remisión de la deuda.

#### – **Análisis.**

La presunción contenida en este artículo resulta de delicada interpretación, ya que aplicar su texto literalmente podría acarrear consecuencias no deseadas por el Derecho. Por ello, lo analizaremos de manera cuidadosa.

Se trata de la condonación tácita, es decir, de la que se infiere por algún acto del acreedor que demuestra su intención de modo unívoco. Habida cuenta de que las renunciaciones no se presu-

men, la norma, como veremos, establece expresamente el acto o la acción concreta y puntual que debe realizar el acreedor para que se genere tal presunción.

El precepto bajo comentario señala que la simple entrega al deudor por parte del acreedor del documento original en que consta la deuda, constituye remisión de la misma, con la única salvedad de que se permite, en su caso, que el deudor pruebe el pago.

Coincidiendo con Salvat<sup>(1)</sup>, consideramos que este supuesto presupone la existencia de tres condiciones:

1. Que la entrega del documento original haya sido hecha voluntariamente. Faltando esta condición, el fundamento de la ley desaparece, puesto que, al no existir un acto voluntario del acreedor, no podría suponerse su voluntad de extinguir la obligación. Así, no habría remisión tácita en el caso en que el documento original hubiese sido sustraído al acreedor o si éste lo hubiera perdido y hubiese sido encontrado por el deudor. Es al acreedor a quien corresponde probar el robo, ya que la posesión del documento hace presumir la restitución voluntaria.
2. Que la entrega haya sido hecha por el propio acreedor, pues sólo de esta forma podría haber motivo para establecer la presunción de que trata la ley. De igual manera ocurriría si la entrega emanara de un representante del acreedor, debidamente autorizado para este acto específico.
3. Que la entrega haya sido realizada al mismo deudor. Si el documento fue entregado a otra persona, no sería claro ni indubitable que la intención del acreedor fue la de liberar gratuitamente al deudor; el documento podría haber sido entregado en calidad de depósito o para que el tercero se encargara de cobrarlo.

---

(1) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 350 y siguientes.

Por otro lado, consideramos que la salvedad a la presunción expresada en la propia norma (“salvo que el deudor pruebe que la ha pagado”) es adecuada, ya que, si bien la obligación igualmente se extingue, sea por condonación o por pago, es evidente que al deudor que pagó, le podría resultar más conveniente, no sólo para efectos de imagen de solvencia y de credibilidad personal, sino para la seguridad de su propio pago (suponiendo que su acreedor tuviera a su vez otros acreedores que no estuviesen de acuerdo con la condonación, o que se considerara posteriormente ineficaz, reputándose como donación), que quede establecida la extinción de la obligación por un cumplimiento adecuado. En este caso, su posición como deudor sería incuestionablemente más firme que la que tendría si la deuda le hubiere sido perdonada.

A nadie que paga le interesa ni conviene, en principio, que se crea que su deuda se extinguió en virtud de una condonación. Por ello la norma contiene una presunción **iuris tantum** para el deudor, es decir, que está en este último probar que no ha habido condonación. No basta que el deudor alegue que ha pagado, sino que debe demostrarlo aportando las pruebas que correspondan destinadas a acreditar que la entrega del documento ha sido consecuencia del pago realizado por él<sup>(2)</sup>.

---

(2) Un sector de la doctrina es de opinión que resulta suficiente que el deudor alegue el pago para que la presunción de condonación desaparezca, basándose en que es común, en la práctica, que el acreedor, contra el pago del deudor, entregue a éste el documento de la obligación. Por ello, se dice, no debería presumirse tan livianamente la voluntad de “donar” (nos referimos, claro está, al acto condonatorio).

Si bien podría existir en ciertos casos algún tipo de conflicto debido a dicha presunción (un deudor que pagó, y a quien le fue devuelto el título de la obligación, pero que no tiene cómo probar dicho pago —el acreedor no firmó recibo o comprobante de pago, ni el deudor realizó una transferencia bancaria directa de su cuenta a la del acreedor, etc.—, podría verse perjudicado ante tal dificultad, si se diera el supuesto de que el acreedor afirmara que le condonó la obligación), ellos nos parecen situaciones extremas, pues quien paga una deuda usualmente tiene la previsión de dejar constancia de tal pago. Además, resulta poco frecuente que un acreedor desee hacer creer que condonó la deuda; la obligación se encuentra

Cabe señalar que en el ámbito mercantil no se presume la condonación de la deuda, ni tampoco el pago de la misma con la entrega de las facturas por los comerciantes a sus deudores, a pesar de constituir aquéllas documentos originales, pues en estos casos las facturas deben contener una inscripción que indique que se encuentran canceladas.

Ahora bien, analizando la propia presunción, podría parecer inadecuado que la misma sólo admita prueba en contrario por parte del deudor, porque se trataría, a primera vista, de una presunción **iuris tantum** para el deudor y **iuris et de iure** para el acreedor. La norma no señala qué ocurre en caso de que el acreedor, por cualquier otra razón que no sea la remisión o condonación de la deuda, entregue al deudor el título en que consta aquélla. Consideramos, por las razones que expondremos a continuación, que el verdadero espíritu de la norma es el de establecer una presunción **iuris tantum**, tanto para el acreedor como para el deudor.

Cuando se hace mención a la entrega al deudor del docu-

---

extinguida de todos modos, y ya no recibirá pago alguno en mérito de ella.

Por otro lado, que el solo alegato del deudor constituya ruptura de la presunción, determinaría la presunción de asumir que el deudor dice la verdad. Las presunciones de por sí son producto de una abstracción ideal, que en muchos casos no corresponden a la realidad; mas frente a la encrucijada en que se encuentra el Derecho — ante la duda—, opta por la decisión que más se asemeja a la noción de justicia, debido a la mayor probabilidad de su ocurrencia. Pero añadir a una norma de presunción una carga subjetiva adicional, cual es la de admitir una afirmación como cierta, sin necesidad de sustento probatorio, es “desbordar” de subjetividad a la institución misma, lo cual no es aquello que pretende el legislador.

Ya hay una desventaja para el acreedor en el sentido de que se presume su voluntad de condonar la deuda por el sólo hecho de entregar el documento original en que consta aquélla; vemos, pues, que se trata de una presunción que favorece al deudor. Si además de esto al deudor le basta con afirmar que la ha pagado y con ello ya es suficiente, entonces el acreedor, en términos jurídicos, se encuentra en enorme desventaja. Por tal razón nos parece acertada la obligatoriedad de probanza por parte del deudor.

mento original en que conste la deuda, esta situación puede ser interpretada en dos supuestos: uno, cuando existe un contrato o documento escrito del que se originó la obligación condonada; el otro, cuando no existe tal documento (es decir, si el contrato se celebró verbalmente), pero la obligación surgida de dicho contrato se encuentra representada por algún título valor. Haremos un breve análisis de cada una de estas situaciones:

- (a) *Que exista un contrato escrito del cual se haya originado la obligación condonada.*

Sobre este tema, remitiéndonos para empezar al Derecho Francés, recordamos que Pothier reunió en una a las doctrinas errantes, a saber: reconoció la presunción de remisión derivada de la restitución voluntaria del documento y estimó suficiente la posesión de éste para hacer presumir su restitución voluntaria por parte del acreedor, habilitando con ello al deudor para sostener, según su conveniencia, o el pago o la condonación. Finalmente, opinó que no todas estas reglas se podían aplicar a la copia de un instrumento del que existiese original en poder de un Notario.

Así, Pothier<sup>(3)</sup> puntualiza que la condonación de una deuda puede hacerse no sólo expresa sino también tácitamente, cuando algún hecho da lugar a presumirla, por ejemplo, si el acreedor devuelve a su deudor el debitorio o escritura en que se contiene la obligación, se presume que le condona la deuda. Más aun, en caso de existir deudores solidarios y el acreedor entrega el título de la obligación (firmado por todos) a uno de ellos, también debería presumirse la condonación de toda la deuda, ya que, si hubiera querido liberar a uno solo de aquellos, habría retenido dicho documento que le era necesario para hacer que los demás lo pagasen. Pothier lleva, pues, la presunción hasta las últimas consecuencias, discrepando con quienes piensan que en caso de solidaridad pasiva se debe presumir únicamente una condonación per-

---

(3) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Página 259.

sonal de la deuda a favor de aquel a quien se ha entregado el título y no a favor de los demás.

Laurent, por su parte, señala que la presunción resultante de la restitución prevista en el texto es una presunción **iusuris et de iure**, contra la que no se admite prueba en contrario. Es muy natural, agrega, que la restitución del título original bajo documento privado hecha al deudor, conduzca a este efecto, puesto que al producirlo el acreedor se despoja voluntariamente del único medio de prueba que poseía, por lo que se le pagó o renunció definitivamente a su derecho.

Huc<sup>(4)</sup>, atemperando criterios, manifiesta que, sin embargo, si el acreedor tenía el medio de reemplazar el título que entregó a su deudor, evidentemente el hecho de esta entrega ya no tendría un significado tan enérgico. Como consecuencia de ello, para este autor, el artículo 1283 del Código Napoléon establece que la entrega voluntaria del testimonio del título hace que se presuma la remisión de la deuda o el pago, sin perjuicio de prueba en contrario, lo cual –a nuestro entender– resulta bastante más lógico y equitativo.

Entonces, para Huc siempre habrá presunción de liberación, pero ésta será menos fuerte, será **iusuris tantum**, es decir, que se admitirá prueba en contrario, pues, en la hipótesis prevista, no se desarma del todo al acreedor porque siempre puede establecer su derecho por medio de la minuta del acta conservada por el notario, con la que en algunos casos hasta puede obtener un segundo traslado y por la que siempre le será lícito el reclamo de una expedición. Y resalta que la restitución del título no es el único hecho por el que se pueda inducir a la liberación del deudor, sino que es el único que genera una presunción legal de liberación y, por otro lado, las presunciones del hombre pueden establecer la liberación, es decir, de hecho, en todos los casos en que la ley permite a los jueces admitir este modo de prueba.

---

(4) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 171 y 172.

Como señala Jacques Dupichot<sup>(5)</sup>, en la práctica es muy molesto para el deudor a quien se ha liberado del pago, exigir de su acreedor un escrito en que conste la remisión de la deuda. Sin embargo, es un indicio muy significativo (del cual la ley misma deduce una presunción de perdón de la deuda) el hecho de que el deudor conserve el “título original”, esto es, el escrito que constituye la única prueba de la existencia de la obligación de la cual jamás ha dispuesto el acreedor, lo que da lugar a pensar que este último le ha remitido voluntariamente el título para simbolizar la remisión de la deuda o el pago y, por consiguiente, para aprobarlo. A decir de este autor, el alcance de dicha presunción depende, por tanto, del carácter más o menos irremplazable del título, desde el punto de vista del acreedor; es así como el envío de una copia (aun autenticada) no tiene ningún significado, mientras que el envío del original de un reconocimiento de la deuda en documento privado hace prueba plena de la liberación del deudor.

Observa Dupichot que muchas veces el acreedor puede haber destruido materialmente el documento privado (haberlo roto, por ejemplo); aquí el deudor no podrá utilizar la presunción legal de liberación, pero a su vez el acreedor no podrá establecer la existencia de la obligación respecto al deudor, lo que, en la práctica, viene a ser más o menos lo mismo. Una vez más, vemos que todo se reduce a un problema de probanza. Es claro que si el deudor detenta el documento original de la deuda, se presume la condonación de la misma; en sus manos está la prueba de ello (asumiendo la presunción).

Entonces, si el acreedor ha destruido el documento original, movido por un acto de compasión o altruismo que lo llevó a decidir condonar u olvidar la deuda, y luego, por cualquier otra razón, cambia de parecer y decide “resucitar” la obligación (esto, desde luego, partiendo de la suposición de que muchas veces a una gran generosidad –la remisión de la deuda– sucede una gran mala fe de parte del acreedor, que,

---

(5) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Páginas 118 y 119.

por lo demás, no deja de tener ejemplos –caso del acreedor herido por la ingratitud del ex–deudor–), no podrá hacerlo, por carecer del documento principal. La diferencia está en que en este último caso no se presume la condonación, sino la extinción a secas de la obligación (que pudo haber sido por remisión, por pago, por compensación, por transacción, etc.).

Levenhagen<sup>(6)</sup> opina que el artículo 1053 del Código Civil Brasileño deja claro que el título debe ser particular, lo que se explica porque si se trata de instrumento público, la posibilidad del respectivo traslado nada significa, ya como pago o como remisión.

Podemos ver que la doctrina y la legislación en general se encuentran inclinadas a considerar que, para que se establezca la presunción, el documento que el acreedor entregue al deudor no sólo debe ser el original, sino que la obligación no debe constar en instrumento público. Por ejemplo, si existe un contrato escrito, documento privado original en que se plasmó el acuerdo por el que se daba origen a la relación obligacional entre ambas partes, y luego se eleva a escritura pública, cada copia notarial (esto es cada copia certificada expedida por el notario) de este documento será considerada con valor de original, pero su entrega por el acreedor al deudor no dará cabida a la presunción de condonación (ni de pago, ni de ninguna otra causal de extinción de la obligación).

Este razonamiento, que consideramos lógico y coherente, nos conduce a suponer que uno de los motivos para que se excluya la presunción en caso de existir instrumento público, es que, a pesar de entregar el acreedor al deudor el documento (copia) que él detentase en su poder, siempre podrá valerse del que se encuentra en la notaría, por lo que el deudor no podría probar el ánimo de condonación. Esto último obedece a que, si el acreedor quisiera condonar la deu-

---

(6) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 184.

da –y esta voluntad tácita debe ser lo más certera posible–, él debería despojarse del único instrumento con que podría hacer cobro de ella, sin el cual no estaría en aptitud de exigir el cumplimiento de dicha obligación, por constituir su prueba principal y, en muchos casos, la única. Volvemos a ver que esta presunción se construye en torno a la probanza. Por ello llegamos a concluir en que se admite prueba en contrario por parte del acreedor.

Entonces, resumiendo, es mucho más factible suponer que quien se desprende de la única prueba que tiene para exigir y demostrar la existencia de su crédito, entregándolo a la única persona que tendría interés en hacerlo desaparecer, es porque quiere perderlo; en otras palabras, se emplea el “común uso del mercado”, ya que suele ocurrir que quien perdona una deuda entrega a su deudor su título, o lo destruye delante de él, o le escribe encima alguna palabra o frase que –de una u otra manera– signifique su extinción.

Este criterio era compartido por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, cuando sostenía que se trata de un caso de condonación tácita, pues el acto del acreedor que voluntariamente entregue el documento en que constare la deuda implica condonación.

Se deduce de este razonamiento que se debe diferenciar las obligaciones, según si éstas constan en documento privado, o si constan en documento público. En el primer caso, la entrega del documento implica condonación, por las razones expuestas. En cambio, tratándose de obligaciones que constan en documento público, la entrega del testimonio no significa nada, porque el testimonio es una copia certificada del documento original que se halla en el registro del notario. En efecto, por más que exista un instrumento público (testimonio o copia certificada expedida por notario), de fecha cierta, con constancia de inscripción en los Registros Públicos, que el acreedor entrega al deudor, aquél siempre podrá probar la vigencia de la obligación (dada la existencia de la escritura pública), por lo que la presunción no opera en este caso.

Por ello es que la lógica de la presunción gira alrededor de la probanza. Esto, a nuestro entender, admite la posibilidad de prueba en contrario, a pesar de que el artículo pareciera reducirla expresamente al deudor.

El Doctor José León Barandiarán<sup>(7)</sup>, refiriéndose a la presunción contenida en el artículo 1301 del Código Civil Peruano de 1936 (“Habrà remisión de la deuda cuando el acreedor entregue al deudor el documento original en que constare, si el deudor no alegase que la ha pagado.”), expresa que: “La entrega del documento original hace presumir que el deudor queda liberado. Se trata, como resulta del término ‘original’ empleado, de documento privado. El Código no se ocupa del caso de que la deuda conste de instrumento público, como ocurre en otros códigos, en que se prescribe que la entrega del primer testimonio del instrumento hace presumir, salvo prueba en contrario, la liberación del deudor.”

Citando a Laurent, León Barandiarán señala que tal presunción es perfectamente explicable, ya que “La escritura constituye la prueba del derecho que el acreedor tiene contra el deudor; despojarse de esta prueba, entregando el documento a aquel mismo contra el cual el documento está destinado a establecer una obligación, es dar testimonio de voluntad de no hacer valer un derecho, sea que el derecho no exista, si el deudor ha pagado, sea que el acreedor haga de él remisión gratuita al deudor. Hay, pues, gran probabilidad de que el deudor esté liberado, bien por el pago que él ha hecho o por la liberalidad que se le ha ofrecido. Es sobre esta probabilidad que la ley establece que se presume la liberación. Si ha habido pago, la presunción de liberación se justifica perfectamente, pues lo usual es que el acreedor entregue al deudor el título en que consta la deuda extinguida; lo que dispensa a las partes de producir carta de pago. La presunción de liberación se justifica también cuando el acreedor entiende hacer una liberación a su deudor; la tradición del tí-

---

(7) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 532.

tulo reemplaza, en este caso, la tradición de la cosa entregada; tradición que es necesaria cuando la donación no es hecha por acto notarial.”

- (b) *Que la obligación se haya originado mediante un contrato verbal, pero que tal deuda se encuentre representada por un título valor.*

En este caso, los títulos valores que podrían fungir de garantía de la obligación serían un vale a la orden, un pagaré o una letra de cambio (por ley, los cheques no pueden constituir garantía de deuda, ya que son órdenes de pago). Cualquiera de estos tres documentos podrá ser calificado, en la terminología del Código Civil, como el documento original en el que conste la deuda.

En suma, somos de opinión que es a ambas categorías de títulos a las que alude el Código en la norma que venimos comentando. Su devolución hará presumir la condonación de la deuda, a menos que ésta haya sido pagada previamente, caso en el cual resulta natural que la devolución del título estará haciendo las veces de recibo o comprobante de pago.

Por lo demás, el supuesto de la norma bajo análisis ya fue examinado por nosotros cuando tratamos acerca de las disposiciones generales del pago<sup>(8)</sup>, donde, al comentar la prueba del mismo, señalamos que corresponde al deudor probar el pago cuando es él quien afirma haberlo realizado; el pago no se presume sino que debe ser comprobado.

Ahora bien, ¿cómo probar dicho pago? Citando a Jossierand afirmamos que “en caso de controversia es al deudor a quien incumbe la prueba del pago, pues, en efecto, las apariencias le condenan, ya que, por hipótesis, el acreedor ha hecho prueba de

---

(8) Ver Disposiciones Generales del Título II de la Sección Segunda del Tomo IV: Pago, en: OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tomo IV, Páginas 421 y siguientes.

la existencia de su derecho. Entonces, al deudor corresponde contestar demostrando que dicho derecho ha quedado extinguido; y si el acreedor hubiera entregado a su antiguo deudor el título que comprobara la existencia de la deuda, en tal caso este deudor no tendría ya nada que temer, ni tendría que justificar siquiera, porque su contradictor no estaría en condiciones de probar la obligación; se encuentra completamente desarmado.”<sup>(9)</sup>

Sin embargo, como hemos expresado con anterioridad, estas presunciones giran alrededor de la probanza de ambas partes, es decir, no pueden considerarse **iusuris et de iure**, ya que el acreedor, no obstante haber entregado el título de la obligación al deudor o, incluso, hasta un recibo (lo cual da cabida a la presunción), podría, de ser el caso, probar que no se ha efectuado pago alguno o que tal hecho no ha correspondido a un ánimo de condonación<sup>(10)</sup>.

En opinión nuestra, para resumir lo dicho, la prueba en contrario de esta presunción corre tanto de cargo del deudor (a quien interesa demostrar que la extinción de la obligación obedeció a su pago), como de cargo del acreedor, al que correspondería probar que, si entregó el documento original en que consta la obligación, no fue con intención de condonarla.

Esto se demuestra, por ejemplo, con la solución del Código Civil Colombiano, que menciona explícitamente la posibilidad de probanza por parte del acreedor<sup>(11)</sup>, si bien omite la ruptura de la presunción por parte del deudor.

---

(9) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tomo IV, Página 424.

(10) “Pensamos, en fin, que el deudor que ostenta un recibo, goza de la presunción de que pagó la prestación debida. En caso contrario, corresponderá al acreedor demostrar que, no obstante haber emitido recibo, la prestación se cumplió defectuosamente o, simplemente, no se cumplió.” (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Tomo IV, Página 423.).

(11) El artículo 1713 del Código Civil Colombiano establece que “Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela con ánimo de

A pesar de que las presunciones son siempre peligrosas, pues constituyen salidas forzadas por el legislador para casos de complicada solución, algunas veces, en vista de la ambigüedad de la situación real, resultan necesarias para facilitar el flujo o tráfico de las relaciones patrimoniales, por lo que la opción debe basarse en los usos más habituales y frecuentes, es decir, en la costumbre.

En el supuesto que nos ocupa, lo habitual es que cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el único título que ampara su derecho en la relación obligacional que lo une, es porque desea condonar la deuda. No será usual lo contrario. Sin embargo, es lógico y racional (y, por tanto, eficiente) que si la presunción no se ajusta a la realidad del caso concreto, el acreedor esté facultado para demostrar que su intención fue distinta a la presunta. Asimismo, ante la eventual prueba del deudor en el sentido de haber pagado su deuda al acreedor, este último también deberá estar en aptitud de demostrar que no recibió tal pago. El principio de equidad, razón primera del valor justicia, debe primar en la norma. Por ello es que consideramos que en cualquier caso la prueba en contrario debe ser admitida, por lo que resultaría más adecuado que la norma expresara la salvedad de la prueba en contrario en forma genérica ("salvo prueba en contrario").

– ***Concordancias nacionales.***

Condonación, presunciones, artículos 1298 y 1299 del Código Civil.

---

extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla. La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda."



– **CONDONACION DE LA PRENDA. PRESUNCIONES.**

**Artículo 1298.-** “*La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1298.**

Dentro de la Legislación Colonial, podemos mencionar la Ley de las Siete Partidas, Ley 40, Título XIII, Partida Quinta, cuyo texto transcribimos al iniciar el estudio del artículo siguiente.

El artículo 1298 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1936*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; ni en el *Código Civil de 1852*.

Por su parte, el *Proyecto de Código Civil de 1890*, abordaba la materia en su artículo 2969: “Por la existencia de la prenda en poder del deudor se presume la devolución voluntaria de ella, salvo el derecho del acreedor para probar lo contrario.”; en tanto que el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, lo hacía en el numeral 281: “La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo

contrario.”; el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, en el artículo 269: “La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario.”; el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*, trataba sobre este punto en su artículo 1292: “La existencia de la prenda en poder del deudor, hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario.”; y el *Código Civil de 1936*, en el artículo 1303: “La existencia de la prenda en poder del deudor, hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en su artículo 165: “La existencia de la prenda en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario.”; en tanto que el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el artículo 154: “La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.” Asimismo, el *Proyecto de la Comisión Reformadora, de 1981*, se ocupaba del particular en el numeral 1317: “La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario.”; y el *Proyecto de la Comisión Revisora, de 1984*, trataba sobre el tema en su artículo 1265: “La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba encontrario.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1298 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Argentino (artículo 887), Portorriqueño de 1930 (artículo 1143), Hondureño de 1906 (artículo 1467), Panameño (artículo 1075), Uruguayo (artículo 1522), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 874, segunda parte del primer párrafo), Español (artículo 1191), Guatemalteco de 1973 (artículo 1494) y Código de la Provincia de Québec (artículo 1182).

Adicionalmente, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 360) establece que la renuncia de la prenda no basta para hacer presumir la liberación de la deuda, en tanto que el Código Boliviano de 1831 (artículo 879) prescribe que la entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda.

– **Análisis.**

La celebración de un contrato que obligue a constituir un derecho real de garantía prendaria no requiere, para su validez, la entrega del bien materia del mismo: bastará con la existencia del título para que el deudor se encuentre obligado a entregar el bien en prenda.

Por otra parte, la ley civil prescribe dos requisitos para la validez de la prenda: uno, que el bien sea de propiedad de quien lo grave (o que éste se encuentre autorizado legalmente para ello), y que dicho bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes.

Como sabemos, la entrega jurídica al acreedor del bien objeto de garantía prendaria (es decir, cuando dicho bien queda en poder del deudor) procede únicamente respecto de bienes muebles inscritos (en cuyo caso, el derecho real de prenda surte efectos desde su inscripción en el registro respectivo). Esto quiere decir que los bienes muebles susceptibles de registrarse<sup>(1)</sup> serán los que puedan permanecer en poder del propietario-deudor. Esta prenda con entrega jurídica vendría a ser lo que en España se conoce como “hipoteca mobiliaria”<sup>(2)</sup>, ya que más se parece a una

---

(1) Se pueden registrar los vehículos automotores, tales como camiones, ómnibus, automóviles, tractores, motocicletas, etc., así como la maquinaria que detente número de serie. También hay un registro para títulos muebles, tales como las acciones. Son registrables, en suma, los bienes muebles que puedan ser individualizados e ingresados a un sistema en el que fehacientemente, en el caso analizado de la prenda, conste el gravamen.

(2) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. La Relación Jurídico Patrimonial. Lluvia Editores, Lima, 1990, Página 299.

hipoteca que a una prenda, puesto que la oponibilidad a terceros se desprende del registro pertinente. Sólo hay que verificar la partida que corresponda para saber que se ha constituido, en favor del acreedor, un **status** que lo protege contra el incumplimiento.

De esa forma, un chofer de servicio público puede garantizar una obligación con su vehículo (inscribiendo el gravamen en el registro respectivo) y conservarlo para su uso; esta práctica será normal, ya que gracias al registro la existencia de la prenda es de conocimiento público. Asimismo, quien adquiera dicho bien lo hace a sabiendas de que se encuentra gravado, y entonces se entiende que asume esta carga.

Los bienes muebles no inscribibles, en cambio, pasan a poder del acreedor o de un tercero, ya que tal posesión será garantía de la acreencia. Es ésta la prenda tradicional. Este tipo de normas protegen no sólo los intereses del acreedor, sino evitan que se engañe a terceros. Si el deudor quedase en posesión del bien mueble no registrable dado en prenda, podría gravarlo en favor de numerosos acreedores (e inclusive hasta enajenarlo), sin que ninguno de éstos pudiera saber que dicho bien ya estaba garantizando otras obligaciones. La posesión de un bien produce una publicidad que, aunque imperfecta en relación al registro, es eficiente para casos como éste. Es la única forma de proteger a los terceros, ya que quien adquiere el bien “se preguntará por la posesión del propietario, y al ver que no la tiene, se informará de la garantía existente, y con ello se verá obligado a respetar tal derecho. Así, lo que interesa en la prenda, antes que darle el bien al acreedor (lo cual no es necesario, pues éste podría ser entregado a un tercero) es privar de la posesión al propietario”<sup>(3)</sup>.

Por esta razón, en el análisis del artículo 1298 nos referiremos exclusivamente a la prenda constituida por bien mueble no inscrito en registro alguno. Es el caso, por ejemplo, de libros, joyas, menaje de casa, artefactos electrodomésticos, equipos de oficina, instrumentos quirúrgicos, relojería, mascotas, prendas de

---

(3) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Op. cit., Página 300.

vestir, materiales de construcción, combustible, dinero, etc. Estos bienes, a fin de constituirlos en prenda, deben ser entregados físicamente al acreedor, a su representante o a quien las partes señalen. Más aun, si el deudor no cumple con tal entrega, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal, aunque el plazo no haya vencido. Tal es la obligatoriedad de la entrega al acreedor o a un tercero del bien objeto de garantía prendaria. Es constitutivo y, por tanto, natural, que un bien pignorado se encuentre físicamente en poder del acreedor o de un tercero.

Entonces, una vez entregado el bien al acreedor o a un tercero y constituida la prenda, ¿qué ocurre si dicho bien es devuelto al deudor? Si se produce la devolución del bien por el acreedor al deudor, propietario del mismo, esta devolución hará presumir que la prenda se ha extinguido. Lo mismo sucedería si la devolución la efectúa un tercero cumpliendo instrucciones del acreedor. De ahí la presunción establecida por el artículo bajo comentario.

En realidad, existen dos presunciones que caminan juntas: una, el carácter voluntario de la devolución de la prenda al deudor, y otra (en concordancia con el artículo siguiente), que tal devolución voluntaria únicamente determina la condonación de la prenda.

La primera de ellas es claramente **ius tantum**, condición jurídica establecida en forma expresa por la norma —por la frase final “salvo prueba en contrario”—, previéndose la posibilidad de que la devolución de la prenda no hubiera sido voluntaria, sino hecha sin asentimiento del acreedor. De ser este el supuesto, resulta claro que el acreedor perjudicado tendría la posibilidad de demostrarlo para que no se generen los efectos jurídicos previstos por el precepto.

Es decir, se presume que el acreedor entregó al deudor el bien prendado por su propia voluntad, a menos que se pruebe lo contrario. Entonces, es el acreedor quien debe demostrar la sustracción o despojo del bien por parte del deudor, por haber sido inducido a ello, forzado o como víctima de una apropiación indebi-

da, etc. Si no puede probarlo, opera la presunción de que lo entregó voluntariamente.

La segunda presunción, involucrada con la primera, es que dicha devolución voluntaria implica la condonación de la prenda. La norma (artículo 1299 del Código Civil) no establece aquí salvedad alguna que permita admitir prueba en contrario, pero siguiendo una lógica similar a la del artículo que estamos analizando, si consideramos que está en el espíritu de la ley y en la racionalidad del sistema, tal posibilidad. Entendemos que elementales principios de seguridad jurídica deben proteger al deudor contra la volubilidad o la prepotencia del acreedor, quien luego de condonada la prenda mediante su entrega, pudiera pretender decidir unilateral y arbitrariamente que el bien continúa pignorado.

El legislador no optó por proteger al deudor antes que al acreedor porque considere al primero “parte débil” y al segundo “parte fuerte” de la relación obligacional, ya que este argumento carece de sustento racional. La opción del legislador tiene sus cimientos en los usos y costumbres de las personas. Es mucho más frecuente que la prenda en poder del acreedor se mantenga en posesión de éste hasta el final, es decir, hasta el cumplimiento íntegro de la obligación principal. Por algo es garantía. La única razón, desde una óptica lógica, por la que el acreedor devuelve la prenda por su propia voluntad, es o bien por la extinción de la obligación principal, o porque desea condonar la garantía prendaria.

En el caso analizado de la prenda, es la tradición (o entrega) del bien objeto de la misma lo que da vida jurídica a dicho derecho real de garantía. Un acreedor juicioso y razonable no devuelve a su deudor, por tanto, el bien que prueba y sustenta su derecho de garantía, a menos que ya no desee conservar el **status** de acreedor prendario. Hay que recordar que el acreedor que tiene en su poder un bien del deudor como garantía está obligado a cuidarlo y a conservarlo en las mismas condiciones en que le fue entregado, siendo responsable por cualquier daño o deterioro; esto es porque se convierte en un depositario del bien, con todas las obligaciones que ello implica.

Ahora bien, ¿qué ocurre en caso de que el acreedor, efectivamente, haya hecho entrega voluntaria al deudor del bien dado en prenda, pero que el ánimo de tal actuar no haya sido el de la condonación de la garantía prendaria? Podría haber sido inducido con engaño a entregar al deudor el bien. Por ejemplo, si de buena fe se lo “prestó” al deudor por un período determinado (podría ser hasta por unas pocas horas) y luego, al pretender recuperarlo, el deudor alega que le fue devuelto y, por tanto, condonada la garantía, y que por ello lo puede conservar. En este caso, según la norma bajo análisis, se presume la condonación, pero evidentemente que sería posible la prueba en contrario, por ejemplo, si el acreedor actuó diligentemente e hizo firmar al deudor un documento en el que constara la razón de la entrega temporal a éste del bien.

El Doctor León Barandiarán no era partidario del equivalente de esta norma en el Código Civil de 1936 —el artículo 1303—, y sostenía su posición en los siguientes términos<sup>(4)</sup>: “En cuanto al artículo 1303, es reproducción del artículo 887 del Código argentino. En muy pocos códigos se encuentra disposición análoga. Y evidentemente, ella carece de razón de ser, especialmente tratándose de la condonación. La devolución de la prenda no es prueba de remisión; carece por lo tanto de objeto establecer la presunción del carácter voluntario de la devolución.”

Es opinión nuestra que, a pesar de los posibles problemas y críticas que se puedan hacer a esta presunción, la naturaleza de la prenda con entrega física (prenda tradicional), cuya racionalidad, como explicamos anteriormente, es la de proteger al acreedor y a los terceros (ya que la posesión constituye una publicidad imperfecta, es decir, que si el deudor conserva una prenda de este tipo en su poder tiene reunidas la propiedad y la posesión sobre el bien y podría volverlo a gravar e inclusive enajenarlo sin que el nuevo adquirente tenga la menor idea de las cargas que pesen sobre él), hace que siga siendo más eficiente conservar esta obligatoriedad de la entrega y conservación del bien en po-

---

(4) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 540.

der del acreedor mientras dure la garantía. Una presunción como ésta desincentiva al acreedor a entregar al deudor el bien hasta que la garantía se extinga, lo cual, indudablemente, es más eficiente.

– ***Propuesta de eventual modificación legislativa al artículo 1298.***

Este artículo podría ser derogado.

– ***Fundamento.***

Estimamos que el numeral 1298 trata acerca de un aspecto que no se ha encontrado ni se encuentra en discusión; y es que si el bien dado en prenda se encuentra en poder del deudor, jamás podría presumirse que la devolución del mismo ha revestido carácter involuntario, pues ello equivaldría a decir que no ha mediado ánimo de desposesión por parte del acreedor de la obligación (en la práctica, ello significaría que el bien se habría extraviado o que el deudor se habría apropiado ilícitamente del mismo). Debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo al hecho de que tal situación nunca podría servir de base a una presunción legal, lo que no significa que resulte imposible que tal caso se presente en la realidad.

Es lógico suponer que, de presentarse, éstos serían supuestos excepcionales, en la medida que lo normal será que cuando un bien que se ha encontrado en prenda en poder del acreedor, pasa a manos del deudor, dicha devolución ha revestido carácter voluntario.

En todo caso, como vemos, el artículo 1298 nunca podría haber presumido lo contrario. Es más, lo lógico hubiera sido omitir este numeral y no presumir absolutamente nada.

De ahí que consideramos innecesaria la presencia del artículo 1298 en el Código Civil.

– ***Concordancias nacionales.***

Prenda, artículo 1055 del Código Civil / Devolución voluntaria de la prenda, artículo 1299 del Código Civil.



– **LA CONDONACION DE LA PRENDA NO IMPLICA LA DE LA DEUDA.**

**Artículo 1299.-** “La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda.”

– ***Fuentes nacionales del artículo 1299.***

Dentro de la Legislación Colonial, debemos citar a la Ley de las Siete Partidas, Ley 40, Título XIII, Partida Quinta: **“Paladinamente por palabras, o callando, puede el ome quitar el derecho que ha sobre el peño. E por palabras seria, como si dixesse aquel a quien ouiesse obligado el peño, al que gelo ouiesse empeñado, o a su personero, quel tornaua el peño, o que le quitaua el derecho que auía sobre el peño. E maguer diesse, e quitasse desta guisa, el derecho que auía sobre el peño, con todo esso non se entiende que le quita el debdo que auía sobre el. Fueras ende, si manifiestamente dixesse, quel quitaua tambien el debdo, como el derecho que auía sobre el peño. Pero si le quitasse el debdo principal, entiendese otros, quel quita el peño.”**

El artículo 1299 del Código Civil de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

Esta materia es tratada por primera vez en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, en su artículo 881: “La entrega de la prenda no basta para hacer presumir la remisión de la deuda.”; seguido por el *Código Civil de 1852*, en el artículo 2248: “La devolución de la prenda no es suficiente prueba de la condonación de la deuda.”; y por el artículo 2968 del *Proyecto de Código Civil de 1890*: “Si el acreedor devuelve voluntariamente la cosa empeñada, se entiende remitido el derecho de prenda, pero no la deuda que ésta garantiza.”

Posteriormente, el tema fue abordado por el numeral 280 del *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*: “La devolución voluntaria de la prenda causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda.”; por el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*, artículo 268: “La devolución voluntaria de la prenda causa sólo la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda.”; seguido por el artículo 1291 del *Proyecto del Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*: “La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda.”; y por el artículo 1302 del *Código Civil de 1936*: “La devolución voluntaria de la prenda, causa la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda.”

Dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, debemos mencionar la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, artículo 164: “La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión del derecho de prenda, pero no la condonación de la deuda.”; el artículo 153 del *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*: “La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión de tal derecho, pero no la remisión de la deuda.”; el artículo 1316 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*: “La devolución voluntaria de la prenda causa la remisión de tal derecho, pero no la remisión de la deuda.”; y, finalmente, el artículo 1266 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*: “La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1299 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Argentino (artículo 886), Uruguayo (artículo 1522), Ecuatoriano (artículo 1697, segundo párrafo), Venezolano de 1942 (artículo 1327), Venezolano de 1880 (artículo 1227), Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 871), Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 385), Brasileño (artículo 1054), Portugués de 1967 (artículo 867), Español (artículo 1190) y Chileno (artículo 1654).

El Código Civil Francés (artículo 1286) establece que “la entrega de la cosa pignorada no es suficiente para hacer que se presuma la remisión de la deuda.”; y el Mexicano (artículo 2212) prescribe que “la devolución de la prenda es presunción de la remisión del derecho a la misma prenda, si el acreedor no prueba lo contrario.”

– **Análisis.**

La prenda constituye una garantía real, esto es, un accesorio de la obligación principal, razón por la cual la devolución del bien pignorado determina la extinción de dicho derecho real de garantía, pero no la extinción de la obligación principal. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue, necesariamente, la suerte de lo accesorio. Por tal razón, si bien se extingue la garantía, permanece intacta la obligación. La única salvedad la constituiría el acuerdo entre partes, como por ejemplo si en el contrato se establece que, extinguida la garantía, la obligación principal también se extingue.

El Doctor León Barandiarán<sup>(1)</sup> no era partidario de la inclusión del artículo 1302 del Código Civil de 1936 (1299 en el Código de 1984), y lo sostenía en los siguientes términos:

---

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 539.

“Como es sabido, se puede renunciar a lo accesorio sin que ello signifique renunciar a lo principal. La renuncia a la garantía prendaria, al derecho accesorio, que se manifiesta por la restitución de la cosa en que consiste tal garantía, no puede significar, pues, renuncia al crédito mismo, al derecho principal. Igual ocurre tratándose de renuncia a cualquiera otra garantía, como sería por ejemplo la renuncia a una fianza, la cancelación de una hipoteca, la restitución de un inmueble dado al acreedor en calidad de anticresis. La disposición, por lo demás, es superflua: bastan los principios generales, ‘El artículo 1286 (del Código francés, análogo al 1302 del Código nacional) formula una proposición inútil... Lo que explica la presencia en la ley de esta *superfetación*, es que ella es la reproducción de un pasaje de Pothier’ (Baudry-Lacantinerie y Barde).”

Las expresiones de León Barandiarán se ven reforzadas con las palabras de Barbero<sup>(2)</sup>, quien señala que no constituye “remisión”, y no hace siquiera presumir en modo alguno la liberación, el simple hecho de la renuncia, por parte del acreedor, a las garantías del crédito; y por el parecer de Trabucchi<sup>(3)</sup>, quien también es de opinión que la renuncia del crédito extingue las garantías reales del mismo, mientras que la renuncia de las garantías no implica remisión de la deuda.

En general, la doctrina es unánime en cuanto a este tema, y ello por el principio jurídico y de lógica común de que lo accesorio sigue la suerte del principal, mas no a la inversa. Al condonar una garantía (en este caso, el derecho real de prenda), lo que se condona es únicamente ésta y no la deuda principal. Este principio se encuentra establecido en forma explícita a lo largo del Código Civil<sup>(4)</sup>.

---

(2) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Obligaciones, Página 321.

(3) TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., Tomo II, Página 84.

(4) Muestra de ello, son los siguientes numerales:

**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.”

Por esta razón, consideramos que el artículo bajo análisis resulta redundante, pues es evidente que la devolución del bien pignorado hace presumir la condonación de la prenda, pero no la de la obligación principal<sup>(5)</sup>.

Hemos dicho que la devolución del bien pignorado “hace presumir” la condonación de la prenda, lo cual es bastante distinto a señalar que la devolución de dicho bien “determine” la condonación de la prenda, que corresponde a la terminología empleada por el Código. Esta última fórmula nos parece no sólo exagerada, sino hasta peligrosa. Es algo así como una presunción **iuris et de iure**, es decir, que no admite prueba en contrario. Como hemos visto —e insistimos en ello—, dicha presunción resulta eficiente, pero siempre y cuando admita prueba en contrario por ambas partes. Entonces, la entrega no debe, implacablemente, determinar, sino tan sólo presumir una voluntad.

En efecto, de acuerdo con lo expresado al analizar el artícu-

---

**Artículo 1090.**- “La prenda se acaba por:

1. Extinción de la obligación que garantiza.
  2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
- (...)”

**Artículo 1122.**- “La hipoteca se extingue por:

1. Extinción de la obligación que garantiza.
  2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
- (...)”

**Artículo 1875.**- “La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.”

- (5) Nos referimos a la prenda de bienes muebles no inscribibles, ya que éstos son los que, para constituir el derecho real de prenda, se deben entregar físicamente al acreedor. Recordemos, tal como lo señalamos en el análisis del artículo 1298, que en el caso de los bienes muebles inscribibles, tales como camiones, ómnibus, automóviles, tractores, motocicletas, etc., así como la maquinaria que detente número de serie, y los títulos muebles, como las acciones, la entrega no es física sino jurídica, quedando el bien en poder del deudor, y el gravamen inscrito en el registro correspondiente. Algo así como una “hipoteca mobiliaria” a la que también hicimos referencia en nuestro análisis del artículo 1298.

lo anterior, consideramos que es válida la presunción de que la devolución voluntaria de la prenda manifiesta el propósito de su condonación, ya que, como sabemos, el punto central o razón de ser de la obligatoriedad de la entrega del bien por el deudor como requisito constitutivo de dicho derecho de garantía está destinado a proteger a terceros y al propio acreedor. En el caso de los bienes muebles registrables, la oponibilidad a terceros se desprende del registro pertinente, en tanto que, en el caso de la prenda tradicional, es decir, la que se constituye respecto de bienes muebles no registrables, la posesión en manos del acreedor produce una publicidad que, aunque imperfecta –en relación al registro–, es eficiente para casos como éste. Es la mejor y, en realidad, única forma de proteger al acreedor y a los terceros contra la posible mala fe del propietario del bien. Por ello se le priva a éste de la posesión.

Sin embargo, siempre debe admitirse explícitamente la prueba en contrario, ya que las presunciones armonizan de la forma más equitativa posible las costumbres del mercado y la protección de los intereses de las partes, pero no deben faltar situaciones que escapen al supuesto asumido por la ley. En esos casos, la realidad debe primar y entonces las partes en conflicto deben encontrarse en total posibilidad de demostrar que sus circunstancias son especiales. La norma debe ayudar a facilitar las relaciones humanas, dando un marco de seguridad jurídica para todo tipo de transacciones, pero sin ser una camisa de fuerza rígida que no permita salida a situaciones no previstas.

Por estas razones, creemos que las presunciones respecto de la condonación de la garantía prendaria, contenidas en los artículos 1298 y 1299, deben admitir, necesariamente, la prueba en contrario.

Finalmente, por lo expresado al iniciar el análisis del presente numeral, consideramos evidente que la extinción de la garantía no implica la extinción de la obligación garantizada. El principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no a la inversa es de lógica jurídica elemental y resulta redundante hasta el extremo, por lo que somos de opinión que debería eliminarse del texto legal.

- ***Propuesta de eventual modificación legislativa del artículo 1299.***

Este artículo podría ser derogado.

- ***Fundamento.***

Más allá de las consideraciones esgrimidas sobre la permanencia del artículo 1298 en el Código Civil, por establecer una presunción inútil, tal como fue expresado oportunamente, el numeral 1299 también resulta innecesario, al prescribir que la devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda.

Si hablamos de perdón de la garantía, este concepto, en principio, no tiene relación alguna con un eventual perdón de la obligación principal que aquélla garantiza. Así, siendo la garantía un accesorio de la obligación principal, puede decirse que si esta última se extingue (entre otras causas, por una eventual condonación), también se extinguirá la garantía prendaria. Ello, en virtud de la aplicación del principio relativo a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero, lo principal no sigue, necesariamente, la suerte de lo accesorio.

De ahí que el artículo 1299 del Código Civil pueda, sin problema alguno, ser derogado, por contener un principio jurídicamente obvio, además de incontrovertible.

- ***Concordancias nacionales.***

Prenda, artículo 1055 del Código Civil / Prenda en poder del deudor; presunción, artículo 1298 del Código Civil.



## TITULO VI

### Consolidación

#### – CONSOLIDACION TOTAL Y CONSOLIDACION PARCIAL.

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

#### – Fuentes nacionales del artículo 1300.

Este tema era regulado por el artículo 33 del *Proyecto de Código Civil del Doctor 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 en favor del deudor principal aprovecha a sus fiadores; mas la que se hace en favor de uno de éstos no extingue la obligación principal. La que se hace en favor de uno de los obligados in solidum, no aprovecha a los demás, sino en la parte de que aquel era deudor.”. *El Código Civil de 1852* trataba el punto 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.”

Por otra parte, 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 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 el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regía el tema en sus numerales 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 del 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 varias de sus normas, los artículos 271: “Termina la obligación, cuando se reúnen en una misma persona las cualidades de deudor y acreedor.”; 272: “La consolida-

ción 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 numeral 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 del Doctor 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 numeral 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 numeral 1267: “La consolidación puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de ella.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1300 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1470), el Proyecto de Código Civil Colombiano (artículo 602, primer y tercer párrafos), los Códigos Civiles Costarricense (artículo 826), Ecuato-

riano (artículo 1710), Chileno (artículo 1667), Brasileño (artículo 1050), y Paraguay de 1987 (artículo 623). Cabe mencionar que estos Códigos utilizan el término “confusión” y no “consolidación”.

Debe anotarse que el citado Código Civil Hondureño de 1906 (artículo 1470) prescribe que queda extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona y respecto de una misma cosa los conceptos de acreedor y deudor. Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud del título de herencia si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario.

También concuerdan con el Código Peruano los Códigos Civiles Portorriqueño de 1930 (artículo 1146) e Italiano de 1942 (artículo 1253), disponiendo este último (artículo 1254) que la confusión no opera en perjuicio de terceros que han adquirido derechos de usufructo o de prenda sobre el crédito.

El Código Civil Uruguayo (artículo 1546) establece, por su parte, que la confusión puede ser total o parcial como el concurso de las dos calidades incompatibles.

El Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 380) emplea el término “confusión” y no “consolidación”, pero su texto es similar al Código Peruano cuando prescribe que la confusión puede verificarse respecto de toda la deuda, o sólo de parte de ella. El mismo concepto utiliza el Código Civil Argentino (artículo 862), al prever que 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 un tercero sea heredero del acreedor y deudor. En ambos casos la confusión extingue la deuda con todos sus accesorios. Este mismo cuerpo legal agrega (artículo 863) que la confusión no sucede, aunque concurren en una persona la calidad de acreedor y deudor por título de herencia, si ésta se ha aceptado con beneficio de inventario.

El Anteproyecto Llambías (artículo 230) dispone que la confusión podrá producirse total o parcialmente, pero no tendría lugar si la reunión de las calidades contrapuestas derivare de la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, o si por otra cau-

sa subsistiese la separación de los patrimonios correspondientes a aquellas calidades.

El Código Civil de la República de China de 1930 (artículo 344) señala que la obligación se extingue cuando las calidades del acreedor y deudor de una deuda se encuentran reunidas en la misma persona, a menos que la acreencia sea objeto del derecho de un tercero, o que la ley disponga lo contrario.

Por su parte, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 890), el citado Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículo 1146) y el Código Español (artículo 1192) establecen que la confusión no sucede, aunque concurren en una persona la calidad de acreedor y deudor por título de herencia, si ésta se aceptó a beneficio de inventario.

Hemos dejado para el final al Código Francés (artículo 1300), al que nos referiremos en el texto del precepto bajo análisis.

– **Análisis.**

– **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 concurren 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 consignando que ella puede producirse respecto de toda la obligación o de parte de la misma.

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<sup>(1)</sup> 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.

1. *Resultado.* Por un trasplante algebraico al Derecho, el *más del acreedor* y el *menos del deudor* conducen a un cero, que en lo obligacional se traduce en la recíproca y total extinción del crédito y de la deuda, con todos sus accesorios; por el absurdo, en otro caso, de que uno mismo tenga que cobrarse y que pagarse otro tanto.

---

(1) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Página 289.

2. *Subsistencia jurídica.* No se produce confusión de derechos cuando el heredero ha aceptado a beneficio de inventario. La *confusión* entre acreedor y deudor extingue la fianza; pero la de acreedor y fiador, deja subsistente la deuda principal. La confusión entre el acreedor y un deudor solidario sólo extingue la obligación de este último.
3. *Distingo.* La *confusión de derechos* difiere, pese a externas semejanzas, del contrato consigo mismo; por cuanto la unidad de actuación no destruye la dualidad de personalidades que obran como acreedor de una parte y deudor de otra o en recíprocas prestaciones deudoras y acreedoras.”

Eugene Petit, analizando la figura en el Derecho Romano<sup>(2)</sup>, 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 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 (de ahí el nombre), 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<sup>(3)</sup>. Es una distinción, como expresan Planiol y Ripert<sup>(4)</sup>, muy sutil, aunque real.

---

(2) PETIT, Eugene. Op. cit., Página 500.

(3) Dig., Lib. LXVI, tít. 1, fr. 71.

(4) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Páginas 375 y 376.

En forma más tajante, el Doctor Angel Gustavo Cornejo<sup>(5)</sup> 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<sup>(6)</sup> 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 relación obligatoria, 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, etc.

Podríamos llegar, inclusive, al extremo más caricaturesco,

---

(5) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 446.

(6) CORNEJO, Angel Gustavo. Op. cit., Tomo II, Volumen I, Página 445.

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.

Para el Doctor Jorge Eugenio Castañeda<sup>(7)</sup>, la consolidación es otro de los modos de extinguir las obligaciones, conocida en el Derecho Comparado como confusión.

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 Antonio y después Antonio 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

---

(7) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 335 a 338.

(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 señala 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 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<sup>(8)</sup>.

---

(8) **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.”

**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:

Para Pothier<sup>(9)</sup>, se llama confusión el concurso de dos calidades en un mismo sujeto que se destruyen mutuamente<sup>(10)</sup>.

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

---

(...)

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 calidades 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 aun 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.

(9) POTHIER, Robert Joseph. Op. cit., Segunda Parte, Páginas 294 y 295.

(10) 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, pues sucediéndole 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, 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.

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

Según Louis Josserand<sup>(11)</sup>, 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 de 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”.

---

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 tanto, sus respectivos derechos no se confundan.

(11) JOSSERAND, Louis. Op. cit., Tomo I, Volumen II, Páginas 728 y 729.

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 misma que no se distingue de la compensación, llevando a error a juristas y a magistrados, tal como luego veremos.

Marcadé<sup>(12)</sup> considera como causa de 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 existencia de la obligación. Estas dos obligaciones, 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 Napoléon, el que, al igual que los señores Durantón (XII, N° 467) y Zachariae (II, p. 419), 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<sup>(13)</sup>.

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 artí-

---

(12) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Páginas 676 y 677.

(13) 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".

culo ha sido reproducida por la jurisprudencia, sobre todo por una sentencia de la Corte de Casación<sup>(14)</sup>.

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). Sin embargo, para este autor, por muy exacta que ésta sea, la proposición no resultaría aún un buen concepto de lo que es la confusión, puesto que puede extinguirse la obligación por confusión de las dos calidades cuya convergencia produce este efecto, sean las del deudor y acreedor.

Laurent<sup>(15)</sup>, 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, para efectos de otorgar un concepto 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

---

(14) 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, apeló 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.

(15) LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVIII, Páginas 498 a 500.

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 al revés, 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 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.”<sup>(16)</sup>.

---

(16) Para Laurent el error de la ley es palpable. Cuando soy deudor de 1000 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.

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 hubieran dos derechos habrían 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.

En opinión de Laurent, lo más serio de este asunto es que las Cortes y hasta el Tribunal de Casación Franceses incurrieron en error, dada la redacción viciosa del artículo 1300. Las Cortes y el Tribunal hablan de dos deudas extintas, por confusión, cuando en realidad si hay dos deudas extintas, dicha extinción no puede haber sido producida por confusión, sino por compensación.

Se ha cuestionado la importancia de discutir acerca de si se trata técnicamente de una compensación o de una consolidación, puesto que de todas formas va a producirse la extinción. Esta idea, sin embargo, debe desecharse, ya que no es irrelevante distinguir ambas figuras y ello no tanto por un aspecto académico, sino por uno de carácter funcional, como hemos podido apreciar de los errores cometidos por la jurisprudencia, ya comentados. Al respecto, Laurent señala que este debate no es sólo una contienda de palabras; es importante definir claramente el caso en el que hay confusión, pues principios muy especiales rigen esta figura, principios que son ajenos a la compensación<sup>(17)</sup>.

---

(17) Recuerda el citado tratadista belga el caso de un banquero, quien era deudor por cuenta corriente de un comerciante y que deviene en propietario de letras emitidas a su favor por el comerciante. El Tribunal de Casación juzgó que por la reunión de las calidades de acreedor y de deudor en una sola persona, había una confusión de derechos que extingue las dos deudas. En efecto, dice Laurent, había dos deudas, de las cuales una extinguía a la otra,

Dupichot<sup>(18)</sup>, 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 le es oponible.

El mencionado error en el texto legislativo galo también es

---

lo cual es en realidad el caso de la compensación y no de la confusión. En la compensación se tiene a dos personas que son cada una acreedora y deudora en dos obligaciones, mientras que en la confusión hay sólo una obligación y una persona, que por reunir en sí ambas calidades de acreedor y de deudor, deja de ser deudor o acreedor.

Laurent comenta otro caso que fue resuelto por el Tribunal de Casación, atribuyendo a una compensación el carácter de una consolidación, error inducido por el texto del precepto francés. Ocurrió que se anuló la venta de un negocio, por lo que el vendedor estaba obligado a restituir la parte del precio que recibió, y el comprador a devolverle los efectos y mercaderías entregadas. Pero el comprador ya había desviado parte de la mercadería y, por ende, debía restituir el valor de ella. Entonces, como el vendedor tenía un crédito contra el comprador, a la vez que una deuda, resultó siendo acreedor y deudor al mismo tiempo. Aunque resulte difícil de creer, el Tribunal de Casación concluyó que la confusión produjo la extinción de su obligación hasta un total del valor de los objetos llevados. Nuevamente, como podemos apreciar, el error destaca nitidamente, pues si el vendedor era deudor y acreedor del comprador, por su parte, el comprador era acreedor y deudor del vendedor; entonces habían dos deudas, de las cuales una extinguía a la otra, siendo éste el caso de la compensación.

(18) DUPICHOT, Jacques. Op. cit., Página 121.

tratado por Planiol y Ripert<sup>(19)</sup>, quienes lo resumen en forma sucinta y clara: “Confusión es la reunión en la misma persona de las dos cualidades de acreedor y de deudor (art. 1300). Siendo estas dos cualidades incompatibles, porque no se puede ser acreedor de sí mismo, se reputa extinguida la deuda. El art. 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<sup>(20)</sup>, 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 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 el profesor italiano Francesco Messineo<sup>(21)</sup>, 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,

---

(19) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. cit., Tomo IV, Página 375.

(20) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 222 y 223.

(21) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo IV, Páginas 391 y 392.

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 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 produce 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 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 patrimo-

nio. 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 del mismo, de manera que, por ejemplo, el patrimonio del heredero o 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<sup>(22)</sup>, 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.

---

(22) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Volumen I, Página 376.

Las opiniones de notables juristas latinoamericanos ostentan también aspectos de relevante interés.

El profesor argentino Héctor Lafaille<sup>(23)</sup> advierte, respecto de la denominada “confusión”, que esta forma extintiva es simplemente un aspecto de una figura mucho más vasta, que incluye otras categorías de Derecho, en particular los derechos reales, donde se la conoce más corrientemente bajo el nombre de “consolidación”.

En lo referente a la terminología, Lafaille dice, asimismo, que esta palabra (“confusión”) de ordinario significa “falta de orden, de concierto o de claridad” y, por ende, imprecisión o indeterminación de un hecho o de una cosa, que no aparecen deslindados respecto de otros. Anota que en el lenguaje jurídico suele también ser empleado con este último sentido, para los modos de adquirir el dominio y en cuanto a la acción de deslinde.

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, el mismo 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.

Para Lafaille, después de lo manifestado sobre la identidad fundamental entre “confusión” y “consolidación”, lo mismo que sobre el empleo de la primera palabra con alcance distinto, poco restaría agregar para establecer el límite entre esta categoría y otras análogas. No obstante, señala que los intérpretes del artícu-

---

(23) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 450 a 452.

lo 1300 del Código Civil Francés, en presencia de la fórmula defectuosa que éste contiene, han juzgado conveniente separar esta figura de la compensación. Pero tal empresa carece de interés entre nosotros, cuando no existe un precepto semejante, de suerte que nadie podría poner en duda que la compensación presupone una recíproca situación entre las partes de acreedor y deudor, y de ninguna manera que estas circunstancias concurren respecto de uno cualquiera de ellos.

Por su parte, Jorge Joaquín Llambías<sup>(24)</sup> 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, 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

---

(24) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 258 y 259.

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, etc., se entiende como algo erróneo, equivocado, incorrecto, difuso), no debe emplearse dentro de un texto legislativo y menos aun 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 antes 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”.

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<sup>(25)</sup>.

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 de-

---

(25) Guillermo Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. Op. cit, Tomo II, Página 313.) define el término “consolidación” de la siguiente forma: “Firmeza o solidez. Aseguramiento de lo próximo a caer, hundirse o perecer. Fortalecimiento de lo débil o desunido. Liquidación de una deuda flotante al convertirla en fija. Afianzamiento de un régimen político o de un gobierno, por acertada gestión de facultades dominicales antes divididas o dispersas; como al recaer en el mismo dueño el predio dominante y el sirviente, en cuanto a una *servidumbre*. Recuperación, por el nudo propietario, del *usufructo* de que otro gozaba en un bien suyo. En los *censos*, unión del dominio directo y el útil.”

Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 364.) define al verbo “consolidar” como: “Dar firmeza y solidez a una cosa. Liquidar una deuda flotante para convertirla en fija o perpetua. Reunir, volver a juntar lo que antes se había quebrado o roto, de modo que quede firme. Asegurar del todo, afianzar más y más una cosa; como la amistad, la alianza, etc. Reunirse en un sujeto atributos de un dominio antes disgregado.”

más, 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 esto, desde luego, dejando a salvo el caso patológico de nulidad en la extinción de una obligación.

De similar opinión es Guillermo A. Borda<sup>(26)</sup>, quien 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 Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas<sup>(27)</sup>, 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 mo-

---

(26) BORDA, Guillermo A. Manual de Obligaciones, Sexta Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, Páginas 391 y 392.

(27) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 362 y 363.

difiquen o desaparezcan las circunstancias fácticas –reunión en una sola persona de las dos calidades de acreedor y deudor– que motivaran la imposibilidad de obrar.

Cazeaux y Trigo Represas estiman que resulta factible agregar que también podría recurrirse a la distinción entre la “deuda” propiamente dicha **Schuld** y la responsabilidad **Haftung**: esta última faltaría porque las cualidades contrarias de acreedor y deudor se encuentran reunidas en una misma persona, pero el valor económico (deuda) comprendido en la obligación no ha sido destruido. En principio coincidimos con este parecer, ya que, como hemos manifestado anteriormente, “eliminar” esta obligación es más bien un asunto de índole operativo, antes que intrínseco.

Refieren los tratadistas citados que otra corriente doctrinaria entiende, en cambio, que la confusión es en realidad un medio extintivo de las obligaciones, por cuanto de todas formas produce el abatimiento del derecho creditorio, que no podrá producir sus efectos propios: ni ejercerse, ni reclamarse, es decir, que se trata de una verdadera situación de aniquilamiento, porque –como decía Pothier– la confusión es “el concurso en un mismo sujeto, de dos cualidades que se destruyen mutuamente”; y para rebatir el principal argumento de la doctrina opuesta se agrega que la posibilidad de que una confusión operada quede sin efecto, no constituye un supuesto único, por cuanto también sucede lo mismo con otros medios extintivos, como son la transacción o la novación, cuando las mismas se anulan. Sin embargo, agregan, tal parangón no resulta muy acertado, puesto que la confusión es un *hecho* y no un *acto jurídico*, razón por la cual, a cuyo respecto, no cabe hablar de “nulidad”.

Doménico Barbero<sup>(28)</sup> 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 entre los modos satisfactivos, ni entre los no satisfactivos. No es un modo

---

(28) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 330 y 331.

satisfactivo<sup>(29)</sup>, 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 satisfactivo, puesto que de satisfacción del crédito no es ya el caso hablar.

En otras palabras, según Barbero, mientras los modos satisfactivos comportan extinguir la obligación, como consecuencia –precisamente– de la satisfacción, y los modos no satisfactivos la comportan como consecuencia, el uno (perecimiento del objeto, etc.) 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.

Levenhagen<sup>(30)</sup>, en forma más simple, considera que la confusión, en sentido técnico–jurídico, no es otra cosa que la fusión en una sola persona, de las cualidades de acreedor y deudor. Un ejemplo bastante gráfico ilustra lo que este profesor brasileño ex-

---

(29) Para muchos autores, sin embargo, éste es un medio satisfactivo de extinción de 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).

Para una revisión de las distintas posiciones de la doctrina respecto de las clasificaciones de los medios extintivos de las obligaciones, confróntese OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 123 y siguientes.

(30) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Páginas 180 y 181.

presa: imaginemos –supuesto que, por lo demás, es usual y corriente– que Martín es acreedor de la casa de comercio Borges & Filho y, antes que se venza su crédito, él adquiere dicha empresa, y con ella, todos los haberes y deudas. Según Levenhagen, en este caso, Martín ha pasado a ser deudor y acreedor de sí mismo, lo que constituye característica de la confusión, operando así la extinción de la relación obligatoria<sup>(31)</sup>, ya que resulta inadmisibles que una persona cobre una deuda de sí misma, o que se torne deudora de sí misma.

Recuerda, respecto al concepto de la confusión, que el Código Civil Brasileño dispone en su artículo 1049 que se extingue la obligación, 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 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.

Agrega Levenhagen que la confusión no se da sólo tratándose de deudas; puede ocurrir también en caso de derechos reales. Por ejemplo, el usufructo se extingue por la reunión, en una misma

---

(31) Consideramos necesario advertir que en el ejemplo empleado por Levenhagen para ilustrar el tema, hay que tener cuidado con la *personalidad jurídica*. En efecto, si Borges & Filho fuese una empresa legalmente constituida, ya sea bajo la forma de una sociedad anónima, colectiva, en comandita, comercial de responsabilidad limitada, civil, etc., entonces no cabría pensar en una posible confusión o consolidación, ya que por mucho que Martín adquiriese la mayor parte (o incluso todas) de las acciones o participaciones en dicha sociedad, siempre la empresa mantendría la *personalidad jurídica propia de Borges & Filho*, independientemente de la de Martín. Si se tratase, en cambio, de un negocio personal, sí se produciría la figura de la consolidación. Pensamos que es a este último supuesto al que alude Levenhagen.

persona, de las cualidades de nudo propietario y de usufructuario, recibiendo en este caso la denominación especial de consolidación.

Finalmente, respecto a la controvertida aparente similitud entre la consolidación y la compensación, Levenhagen precisa que aunque en ambas figuras se reúnan las cualidades de deudor y acreedor, no cabe confundirlas, ya que en la consolidación es imprescindible que la cualidad del sujeto activo y pasivo ocurra en una misma persona. En la compensación, en cambio, se supone una dualidad de créditos y de personas, siendo, por tanto, más absolutos sus efectos, porque neutralizan directamente la obligación, produciéndose reciprocidad en un concurso de sujetos y de derechos creditorios. De este factor de distinción se concluye que, mientras en la compensación hay dos créditos que se eliminan, en la consolidación no son dos créditos los que van a eliminarse, sino una deuda y un crédito.

El profesor colombiano Arturo Valencia Zea<sup>(32)</sup> 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.

Así, suponiendo que Antonio debe a María mil dólares y que al morir ésta ha instituido a Antonio como heredero, tenemos un típico caso de confusión, pues los herederos son sucesores en las acreencias del **de cuius** (en este caso, “de *la de cuius*”). En esta hipótesis Antonio sería deudor de los herederos de María y, al ser el único heredero, se confunden en él las cualidades de deudor y acreedor de la expresada suma de mil dólares. Precisa el citado profesor que dicho caso también podría realizarse en sentido inverso, al suponer que muriese Antonio habiendo instituido a María como heredera: ésta sería sucesora de Antonio en la deuda de mil dólares.

Otro destacado profesor colombiano, Jorge Cubides<sup>(33)</sup>, clasi-

---

(32) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 458 y 459.

(33) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 408.

fica a los modos de extinguir las obligaciones en dos: modos directos y modos indirectos. Los modos directos se encuentran, a su vez, subdivididos en tres clases: los modos directos voluntarios, los modos directos legales y los modos directos judiciales. Dentro de los modos directos legales se encuentran la compensación, la confusión, la imposibilidad de ejecución, la prescripción liberatoria y la muerte del deudor o del acreedor.

Cubides 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. Citando a los Mazeaud, Cubides explica que la obligación puede ser civil o natural, estar sujeta a modalidades o –por el contrario– ser pura y simple; en todo caso, sea cual fuere su naturaleza, si concurren en la misma persona ambas calidades (acreedor y deudor), se extingue aquélla por producirse confusión.

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 de la esencia de la obligación la existencia de las dos calidades”.

Alfredo Colmo<sup>(34)</sup> 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. Corrigiendo un principio romano, según el cual **confusio magis eximit personam ab obligatione, quam extin-**

---

(34) COLMO, Alfredo. Op. cit., Páginas 584 a 586.

**guit obligationem**, ellos dicen que **confusio non extinguit obligationem, sed magis eximit personam ab actione**: Demolombe XXVIII, 716; Colin y Capitant, II, 123; Giorgi, VIII, 105; Ricci, VI, 325; Lomonacio, II, 163; Sánchez Román, IV, 422, etc. 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, 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, etc., bien entendido).

Por último, para cerrar lo concerniente al concepto que los distintos autores han trabajado acerca de la figura bajo análisis, Jorge Joaquín Llambías<sup>(35)</sup>, a modo de resumen, refiere que en úl-

---

(35) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 260 y siguientes.

tima instancia, respecto a la confusión, se han expuesto dos teorías distintas:

(a) *Teoría del medio extintivo.*

En el Derecho Romano antiguo se consideró que el hecho de la confusión debía equipararse al pago, en cuanto extinguía la acción inherente al crédito; de ahí que se concibiera a esta figura como un medio extintivo de la obligación, similar en su resultado al pago o la novación.

Sin embargo, como hemos anotado con anterioridad, la confusión era considerada en el propio Derecho Romano como una ficción, ya que en el fondo también se le veía como una suerte de “paralización” de la posibilidad de ejecutar la deuda, pero anotando que tal “paralización” obedecía a una inamovilidad debida a una situación especial, la misma que podía revertirse. Era, por tanto, un modo o medio extintivo en cuanto a su efecto principal.

Añade Llambías que algunos autores modernos continúan manteniendo aquella misma idea romana, sobre la base de que el hecho produce el abatimiento del crédito que ya no podrá ejercerse ni reclamarse.

(b) *Teoría de la paralización de la acción.*

La doctrina de mayor predicamento entiende que la confusión no es un modo de consunción del crédito, como el pago, la novación o la compensación, sino un impedimento u obstáculo material para el pago, que redundaría en una paralización de la acción respectiva mientras esa acumulación de la condición de acreedor y deudor se mantenga en la misma persona, pero que no obsta a que la obligación subsista “en un estado larvado o latente, pero con aptitud para reasumir su verdadera eficacia tan pronto se modifiquen las circunstancias fácticas –reunión en una sola persona de las dos calidades de acreedor y deudor– que motivaron la imposibilidad de obrar”.

En suma, según Llambías, para esta tesis la confusión presenta una especie particular de imposibilidad de cumplimiento, con la que guarda estrecho parentesco: naturalmente, sobrevenida la confusión aparece de momento “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”; pero, removido ese obstáculo, “todo vuelve al estado precedente y el acreedor al libre ejercicio de las acciones que no le era dado utilizar contra su propia persona”; y por ello se ha hablado de una imposibilidad transitoria, que sería la noción ya enseñada por Pothier.

Para Llambías esta concepción de la figura de la confusión es la que permite explicar algunas situaciones que presenta la práctica. Así, una sociedad puede comprar sus propias obligaciones, conservarlas en cartera durante un tiempo y venderlas luego a terceros. El librado que ha recibido una letra de cambio por endoso puede volver a hacerla circular, lo mismo que el librador o cualquier otro obligado. La conservación del título significa –a entender de Llambías– la conservación del crédito. En esos casos, si hubiera funcionado una definitiva y efectiva extinción de la obligación, ésta no podría cobrar nueva virtualidad por la simple negociación del documento comprobatorio de ella, sino que habría sido menester la constitución de una nueva obligación.

Vemos –conforme a lo expresado al iniciar el análisis del artículo bajo comentario– que definir o “encontrar” esta figura dentro de un marco conceptual jurídico predeterminado, es labor altamente compleja, puesto que detenta características **sui generis** 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), también se debe considerar que a efectos prácticos no es lo usual que la relación obligacional se vuelva a separar. 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 los mismos<sup>(36)</sup>.

En efecto, las obligaciones consolidadas no renacen o “resucitan”, salvo cuando se ha declarado nulo el acto que le dio origen (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<sup>(37)</sup>.

Se trata, sin embargo, de supuestos poco frecuentes, excepcionales.

Por ejemplo, imaginemos que Ana 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 Ana 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, etc.). En virtud de dicha nulidad, se deshace la consolidación que se generó, volviendo Ana a su calidad de deudora (ya no de Ma-

---

(36) Ver OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 133 y siguientes.

(37) Remitimos al lector al análisis correspondiente a los efectos del cese de la consolidación.

nuel, 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 se restablece con todos sus accesorios.

Supongamos que la consolidación, en nuestro ejemplo, no hubiera adolecido de nulidad alguna, sino que Ana 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 Ana, no siguen la suerte de lo principal, extinguiéndose permanentemente.

El que esta institución tenga características **sui generis** 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 generis**, porque de lo contrario serían iguales (serían una sola, la misma). Las clasificaciones se basan 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 primitiva a cualquier obligación. Asimismo, si la persona en quien se consolidaron ambas calidades voluntariamente decidiese separar-

las (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 sus 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 necesario. Por estas razones opinamos que esta institución se encuentra correctamente tratada en el Código Civil de 1984.

#### – **Requisitos.**

En primer lugar, debe haber una relación obligatoria (singular), con sus extremos opuestos de crédito y deuda<sup>(38)</sup>.

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.

---

(38) 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).

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

– ***Clases de Consolidación.***

(a) ***Por su magnitud.***

El artículo 1300 del Código Civil de 1984 no define a la consolidación, pero indica la posibilidad de que 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 del mismo.

– ***Consolidación Total.***

Será total la consolidación cuando concurren 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 40,000.00 nuevos soles. Si Francisco muere, dejando como única heredera (a título universal) a Paula –imaginemos que Paula era la única deudora de los 40,000.00 nuevos soles, a la vez que Francisco era el único acreedor de dichos 40,000.00 nuevos 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 40,000.00 nuevos 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).

– ***Consolidación Parcial.***

Será parcial la consolidación, como su propio nombre lo indica, cuando concurren en una misma persona sólo de manera parcial las calidades de acreedor y deudor de una obliga-

ción. 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 de 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 cuius** 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 40,000.00 nuevos 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 20,000.00 nuevos 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 40,000.00 nuevos soles) y acreedora (de 20,000.00 nuevos soles), razón por la cual se extinguiría la mitad de su obligación, y solamente deberá 20,000.00 nuevos soles a su hermano Pedro y ya no los otros 20,000.00 nuevos 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.

(b) **Por su origen.**

– *Por causa de muerte.*

Esta es la causa más común y típica de ocurrencia de la consolidación. Como hemos visto anteriormente, 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, el mismo que abarca tanto el activo como el pasivo, lo cual, evidentemente, incluye la obligación que había entre ambos (deuda o crédito)<sup>(39)</sup>. 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, dicho 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.

– *Por acto entre vivos.*

Aparte de las formas sucesorias mencionadas, clásicas de la consolidación, también podría darse otra, en un acto entre vivos y voluntario<sup>(40)</sup>.

---

(39) **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.”

(40) En la primera parte de este Tratado, 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 y, en algunas oportunidades, hasta exótico.

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 confluído en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, y el deudor tendrá en sus manos el crédito que él mismo adeuda.

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<sup>(41)</sup> 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.

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.

---

(OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo IV, Páginas 139 y 140.)

(41) HUC, Théophile. Op. cit., Tomo VIII, Páginas 223 y 224.

Considera el citado exégeta francés 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<sup>(42)</sup> 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<sup>(43)</sup> también opinan que la consolidación puede, asimismo, resultar de la cesión del crédito al deudor.

En suma, podemos concluir que la consolidación puede producirse 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 Antonio y luego endosada a favor de éste.

---

(42) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 451 y 452.

(43) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Volumen I, Página 376.

Pero debemos admitir que la consolidación **inter vivos** no deja de ser un supuesto excepcional, forjado más por el pensamiento de los juristas, antes que por la vida misma.

Resumiendo ambas clases (consolidación por acto **mortis causa** y por acto **inter vivos**) y con un punto de vista bastante práctico, Ospina<sup>(44)</sup> señala que la causa de la confusión es siempre la sucesión jurídica, entendiéndose por tal el traspaso del derecho o de la deuda, del acreedor o del deudor, respectivamente, a otra persona y, por 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 transmisión por causa de muerte, bien sea a título universal o herencia, o bien a título singular o 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.

#### – **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 obligacio-

---

(44) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 488.

nes, se extinguiría la garantía (lo accesorio sigue la suerte de lo principal). No habría, en consecuencia, diferencia respecto de la compensación, novación, condonación, transacción, etc. 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, la 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 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 aquel en quien concurren las calidades de los dos garantes, salvo que intervinieran otros garantes.

Para Arturo Valencia Zea<sup>(45)</sup>, 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<sup>(46)</sup> 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

---

(45) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Página 459.

(46) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Páginas 678 y 679.

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 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.

Marcadé también contempla el supuesto de consolidación de dos garantías. Si las dos calidades –señala– que acaban de reunirse son la garantía de una y la garantía de la otra (por ejemplo, si dos de las cuatro fianzas garantizan la deuda de cada una por un cuarto, suceden la una a la otra, o hallan un tercero por sucesor único), entonces no habría confusión, sino simplemente yuxtaposición de dos calidades que no tienen nada de incompatibles y de las cuales una no destruye a la otra. Así, en lugar de cuatro fianzas respondiendo cada una por un cuarto, habrá tres, de las cuales una responde por la mitad de sí misma. No hay, pues, imposibilidad alguna para que la misma persona garantice una deuda por un primer cuarto y por un segundo cuarto a la vez (ello, siguiendo las proporciones planteadas en nuestro ejemplo).

Comentando la norma correspondiente del Código Civil Francés, el citado profesor<sup>(47)</sup> señala que aquélla establece tres casos: la confusión de derechos que se produce en la persona del deudor principal aprovecha a sus fiadores, la que se produce en la persona del fiador no lleva consigo la extinción de la obligación principal y la que se produce en la persona del acreedor, la cual no aprovecha a sus codeudores solidarios sino por la porción en que fuera deudor.

---

(47) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Páginas 676 y 677.

A juicio de Marcadé, las tres normas que presenta este artículo se expresan de manera muy estrecha. Importa menos saber cuál es la persona en quien se produce la confusión, que cuáles son las dos calidades en donde se produce la confusión. La confusión de las calidades incompatibles, como son las de acreedor y de deudor, se puede producir en la persona del acreedor, quien como heredero, legatario u otra condición, es sucesor del deudor, o en la persona del deudor, quien sucede al acreedor, o por último, en la persona de un tercero quien sucede a la vez al acreedor y al deudor.

Por otro lado –según Marcadé–, cualesquiera sean las personas en que se produzca la confusión, es evidente que su efecto siempre será el mismo. Así, en lugar de decir que la confusión que se produce en la persona del deudor principal aprovecha a sus fiadores, se debería hablar de la confusión que se produce por la convergencia de las calidades de deudor y acreedor principal, abstrayendo a la persona en la que se cumplió esta confusión. También se debe decir en mayor detalle y claridad sobre lo relativo a las otras dos normas del artículo; precisamente debido a que la persona en quien se produce la confusión resulta indiferente, el último acápite habla de una confusión producida “en la persona del acreedor”, en un caso en el que según su sistema debería decir “en la persona del codeudor”, puesto que añade: “no aprovecha a sus codeudores sino por la proporción en la que fuera deudor”. Se ve entonces que no hay que preocuparse de la persona donde se confunden las dos calidades, sino sólo de las mismas calidades.

Para los profesores Ennecerus, Kipp y Wolff<sup>(48)</sup>, 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

---

(48) ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Op. cit., Volumen I, Páginas 376 y 377.

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.

Respecto a las sucesiones sujetas a modalidad, Enneccerus, Kipp y Wolff indican que si el derecho de crédito no se ha transmitido al deudor con carácter definitivo, sino sólo hasta un término o hasta que se cumpla una condición resolutoria, el crédito se considera no extinguido si ésta ocurre cuando el deudor es únicamente heredero fiduciario del acreedor y la herencia recae posteriormente en un heredero fideicomisario.

Doménico Barbero<sup>(49)</sup> 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.

---

(49) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Páginas 331 y 332.

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 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.

Señala Barbero que uno de tales casos es la sucesión **mortis causa** del deudor al fiador, o del fiador al deudor, con beneficio de inventario, de manera que, como ésta mantiene distintos el patrimonio hereditario y el patrimonio del heredero, aunque la misma persona esté obligada a la deuda y a la garantía de ella, está obligada, por lo demás, con patrimonios distintos y, por lo mismo, puede ocurrir que, siendo insuficiente el patrimonio vinculado a la deuda, se pueda obtener la satisfacción tomando del patrimonio vinculado a la garantía.

Precisa el citado tratadista que otro caso puede estar constituido por la hipótesis de nulidad de la obligación principal por incapacidad del deudor. A tenor del artículo 1939 del Código Civil Italiano de 1942, la fianza prestada para la obligación de un incapaz –obligación, por tanto, anulable– continúa válida en sí misma. Resulta claro el interés del acreedor en que la garantía continúe firme, si por un hecho sucesorio, en la persona del incapaz (deudor principal) se reúne la responsabilidad del fiador. En efecto, reducida a la nada la obligación principal, continúa válida y eficiente la obligación fiduciaria válidamente asumida.

Como comentario final, queremos precisar que la categoría dentro de la relación obligacional es fundamental para la ocurren-

cia 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.

– ***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 (ex-codeudor, 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, 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<sup>(50)</sup>.

---

(50) **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.”

Remitimos al lector a los comentarios realizados con motivo del

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, Jorge, Hugo y Nátali, a la entrega de un tractor, valorizado en 150,000 dólares. Si se consolidara la obligación entre Manuel y Hugo (imaginemos que Hugo heredó a Manuel), entonces Hugo sería el nuevo deudor de la prestación indivisible, pero para que Jorge y Nátali pudieran exigirle la entrega del tractor, ambos le tendrían que reembolsar el valor de la parte que le correspondía, es decir, 50,000 dólares, u otorgar alguna garantía que cautelara dicha suma.

Esta fórmula es la seguida por nuestro Código Civil en el numeral 1179<sup>(51)</sup>.

#### – ***Consolidación y Solidaridad.***

Respecto a la consolidación en las obligaciones solidarias, en el supuesto de solidaridad pasiva, si operase la consolidación

---

análisis del artículo 1178 (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 141 y siguientes.).

- (51) **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.”  
Remitimos al lector a los comentarios realizados con motivo del análisis del artículo 1179 (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 153 y siguientes.).

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 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 produce 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 60,000.00 nuevos 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 40,000.00 nuevos 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 40,000.00 nuevos soles, quedando como deudora la sucesión de Malena. Si Rosa fuese la única heredera de Malena, entonces respondería por los 40,000.00 nuevos soles ante ambas coacreedoras.

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.”<sup>(52)</sup>

Marcadé<sup>(53)</sup> considera que, si las dos calidades que llegan a concurrir son del acreedor (si dos de los tres acreedores se suceden el uno al otro o van a tener un sucesor común), hay mucha confusión en este sentido cuando el deudor sólo tiene dos acreedores solidarios en lugar de tres, porque es imposible que una misma persona tenga dos veces derecho a obtener la totalidad o el íntegro de una misma cosa, pero no hay confusión, y nada cambió entre los acreedores, pues uno de ellos tiene derecho a dos tercios, como lo tenían los dos acreedores que él representa, por la simple razón de que no hay incompatibilidad entre el derecho a un primer tercio y el derecho a un segundo tercio y, entonces, hay una adición y yuxtaposición de estos dos derechos y de ningún modo destrucción de uno por el otro.

Arturo Valencia Zea<sup>(54)</sup>, en relación con 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

---

(52) Para mayores comentarios respecto al artículo 1191, ver el análisis correspondiente (OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 141 y siguientes.).

(53) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 679.

(54) VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., Tomo III, Páginas 459 y 460.

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.

– ***El Estado como heredero.***

Sobre este punto, Colmo<sup>(55)</sup> expresa que también conviene advertir 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 sino previo inventario y tasación judiciales.

Según Raymundo M. Salvat<sup>(56)</sup>, 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 sucesorias con los bienes hereditarios, todo lo cual ha sido tasado e inventariado previamente<sup>(57)</sup>.

---

(55) COLMO, Alfredo. *Op. cit.*, Página 584.

(56) SALVAT, Raymundo M. *Op. cit.*, Tomo II, Página 297.

(57) La norma pertinente en nuestro cuerpo legal es el artículo 830 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

– **Supuesto de consolidación y separación de patrimonios.**

Hay un aspecto que es importante mencionar; es 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, Alfredo Colmo<sup>(58)</sup> 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 cobrar-

---

“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.”

(58) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 584.

se 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 ella 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 numeral 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. 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<sup>(59)</sup>.

- ***La consolidación en obligaciones de dar –que no consistan en dinero–, en las obligaciones de hacer y en las obligaciones de no hacer.***

Concluyendo nuestras reflexiones y comentarios acerca de esta figura, queremos destacar que 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 aquellas 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

---

(59) **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.”

dejar herederos forzosos, siendo Patricio su único sobrino<sup>(60)</sup>, 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 las mismas, 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 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.

#### – ***Jurisprudencia peruana del artículo 1300.***

El tema de la consolidación ha merecido, entre otras, la siguiente Ejecutoria Suprema:

---

(60) 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.

“La compra del crédito por uno de los herederos del deudor, extingue la deuda en la parte correspondiente a la acción del comprador.” Ejecutoria del 7 de diciembre de 1932. Revista de los Tribunales, 1933, Página 26. (Artículo 1305 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Consolidación de herederos o legatarios, artículo 880 del Código Civil / Cese de la consolidación, artículo 1301 del Código Civil / Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, artículo 321, inciso 7, del Código Procesal Civil.



– **SUPUESTO DE CESE DE LA CONSOLIDACION.  
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.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1301.**

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

El 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 revoca-

ción 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 el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, el mismo 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 numeral 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 del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, contempló el tema en su artículo 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.”

### **– Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1301 del Código Civil Peruano, entre otros, el Código Civil Uruguayo (artículo 1548), el Proyecto de Código Civil Brasileño de 1975 (artículo 382 –señalando que al cesar la confusión se restablece la obligación anterior con todos sus accesorios–), el Código Civil Brasileño (artículo 1052), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 894), el Código Civil Etíope (artículo 1843), el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 (artículo 226), el Código Civil Argentino (artículo 867), el Código Civil Portorriqueño de 1930 (artículos 1147 y 1148) y el Código Civil Hondureño de 1906.

El Código Civil Costarricense de 1888 (artículo 829), por su parte, establece que “Si el acto o contrato en que resultare la confusión se rescinde o anula, quedará aquélla sin efecto, recobrando las partes sus derechos anteriores, con sus privilegios, hipotecas y demás accesorios de crédito. Pero revocada la confusión por mero convenio de las partes, aunque eficaz entre ellas, la revocación no podrá hacer revivir en perjuicio de terceros los accesorios del crédito.”

El Código Civil Paraguayo de 1987 (artículo 627) prescribe que cesa la confusión por un acontecimiento ulterior que restablece las calidades originarias de las partes, reviviendo los derechos que en principio correspondían a las mismas. Señala, además, que, si se tratare de derechos cuya extinción se hubiere inscrito

en el Registro Público correspondiente, la reintegración no se producirá sino después de la cancelación de la toma de razón y sin perjuicio de los derechos que en el tiempo intermedio se hubieren constituido en favor de terceros.

El Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 1496), a su turno, dispone que si por cualquier causa el acto que originó la confusión se anulare o rescindiere, se restablece la situación primitiva, con todos sus privilegios, garantías y accesorios, sin perjuicio del tercero de buena fe.

Tanto el Código Civil Paraguayo (artículo 624) como el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 891) establecen que la confusión no produce efectos en perjuicio de terceros que hayan adquirido derechos de usufructo o de prenda sobre el crédito.

Finalmente, el Anteproyecto Llamadas de Código Civil Argentino de 1954 (artículo 230) prevé que cuando una misma persona reuniera la calidad de acreedor y de deudor, o de titular del dominio y de alguna de sus desmembraciones, quedará extinguida la obligación, o el derecho desmembrado, según fuere el caso. Agrega que cuando se tratare de derechos cuya extinción se hubiese inscrito en el registro correspondiente, el restablecimiento de los derechos originarios no producirá efecto respecto de terceros, sino después de la nueva anotación. Resulta interesante la parte final de este artículo, que indica que no serán afectados los derechos constituidos a favor de terceros durante el intervalo.

#### – **Análisis.**

Hemos visto en el análisis del artículo precedente cómo es que, al reunirse en una misma persona las calidades de acreedor y deudor de una misma obligación, se produce una extinción de la misma, denominada jurídicamente confusión o consolidación. Este último término es por el que ha optado el Código Civil de 1984.

Ahora bien, como ya lo hemos comentado, la consolidación

resulta un medio extintivo de obligaciones bastante 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 consolidado en una misma persona ambas cualidades, no siendo razonable ni lógico que alguien se cobre a sí mismo. Por esta imposibilidad de cobro es que la acción se elimina, pero nada obsta a 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 bajo análisis.

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.

Este supuesto de cese de la consolidación, es decir, que las cualidades de acreedor y deudor, reunidas en una misma persona, se separen y repartan en dos personas, se encuentra regulado por el artículo 1301 del Código Civil.

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 a título universal aparente, que a su vez se encontraba obligado a entregar una prestación al causante. En este caso, al fallecer el acreedor y ser este deudor su heredero, han confluído 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 suce-

sión, 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 las garantías) de dicha obligación en caso de cesar la 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 la materia.

El Doctor José León Barandiarán<sup>(1)</sup> realizó un análisis respecto de los efectos de la consolidación, el mismo 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

---

(1) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 549, 550 y 551.

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’.”

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 Ch.<sup>(2)</sup>, 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 problema, 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 efec-

---

(2) BADANI CH., Rosendo. Op. cit., Página 199.

to 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.

En cuanto a la doctrina extranjera, Lafaille<sup>(3)</sup> 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.

---

(3) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Volumen II, Páginas 1062 y 1063.

Para Doménico Barbero<sup>(4)</sup>, 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, Pedro N. Cazeaux y Félix A. Trigo Represas<sup>(5)</sup> opinan que, cesando la consolidación, renace el **status** 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.

Expresan los tratadistas citados que en las sucesiones **mortis causa** se encuentran los supuestos más corrientes de desaparición ulterior de la consolidación. Como sabemos, esto sucede si **a posteriori** se anula el testamento base de la transmisión del derecho, o si el heredero incurre en causal de indignidad y como consecuencia de ello es declarado indigno y pierde su vocación hereditaria, o también puede ocurrir si se decreta la nulidad del acto de aceptación de la herencia por inobservancia de las formas prescritas, o por incapacidad de quien la hizo, o por dolo de un tercero, o por intimidación ejercida sobre el aceptante, etc.

Al igual que los demás autores, Cazeaux y Trigo Represas señalan que la consolidación también puede cesar por un acto vo-

---

(4) BARBERO, Doménico. Op. cit., Tomo III, Página 331.

(5) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 371.

luntario de la persona en cuya cabeza operó. Esto ocurre, por ejemplo, si el acreedor que hereda a su deudor luego cediese su crédito (el cual es, a la inversa, su actual obligación hereditaria) a un tercero. En tales casos, al separarse nuevamente las calidades de acreedor y deudor, el cesionario puede exigir el cumplimiento de su cedente en cuanto sucesor del obligado. Si lo que hubiese cedido era una obligación y no un crédito, este cedente puede reclamar el crédito del cesionario que asumió las deudas de la herencia que le fueran cedidas.

Starck, Roland y Boyer<sup>(6)</sup> 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 que el problema no se presenta en los mismos términos, dependiendo si la consolidación termina retroactivamente o 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 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

---

(6) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 217.

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" 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<sup>(7)</sup> 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 pueden 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<sup>(8)</sup> 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

---

(7) MARCADE, V. Op. cit., Tomo IV, Página 680.

(8) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 371 y 372.

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, liderándolas.

El artículo 1301, bajo comentario, 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 aun ocurre por voluntad de las personas. 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), 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 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 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.

– ***Concordancias nacionales.***

Conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, artículo 321, inciso 7, del Código Civil / Extinción de la novación, artículo 1287 del Código Civil / Consolidación total o parcial, artículo 1300 del Código Civil / Extinción de la transacción, artículo 1310 del Código Civil.

## TITULO VII

### Transacción

- **TRANSACCION. CONCEPTO, NATURALEZA JURIDICA, 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.”*

- **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, amapandose 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 nuevo, 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 del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*.

La primera fuente nacional de este artículo es 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 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 pasa 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* prescribía lo siguiente: artículo 1702: “Transacción es un contrato por el que dos ó 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: 1° Que las partes que transigen tengan la capacidad de

disponer libremente de los objetos comprendidos en la transacción; 2° Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas ó litigiosas; 3° Que las partes se prometan, cedan ó den algo.”; artículo 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 artículo 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: 1°. Que las partes que transigen, tengan capacidad de disponer libremente de los objetos comprendidos en la transacción; 2° Que las cosas, sobre las cuales se transige, sean dudosas o litigiosas; y 3° Que las partes se prometan, cedan, den o renuncien 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 el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, trataba el punto 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: 1o.— Que las partes que transigen tengan la capacidad de dispo-

ner de los objetos comprendidos en la transacción.— 2o.— Que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas.— 3o.— 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 numeral 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 del Doctor 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 numeral 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 numeral 1269; “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.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1302 del Código Civil Peruano, entre otros, los Códigos Civiles Uruguayo (artículos 2147 y 2161), Ecuatoriano (artículos 2372 y 2386, calificando a la transacción como un contrato), Venezolano de 1942 (artículos 1713 y 1718), Venezolano de 1880 (artículos 1634 y 1642), Boliviano de 1976 (artículos 945 y 949), Libanés (artículo 1035), Argentino (artículos 832: “La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas.”; y 850: “La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado y tiene para con ellos la autoridad de cosa juzgada.”), y el Anteproyecto Llamadas de 1954 (artículo 224, apartado 1º: la transacción reviste para las partes y sus sucesores, el valor de la cosa juzgada).

Adicionalmente, mencionamos al Código Civil Chileno (artículo 2460 –que establece que la transacción produce efecto de cosa juzgada y es considerada como un contrato–), al Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículos 2184 y 2191 –este cuerpo legal define a la transacción como un contrato que elimina

un pleito o su incertidumbre sobre una relación jurídica, siempre que las partes tuvieran capacidad para disponer de los objetos o de los derechos comprendidos en ella–), al Código Español (artículos 1809 –define también a la transacción como el contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado–; y 1816 –señala que la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, pero no procederá la vía del apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial–), al Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2151 –la define también como contrato–), y al Código Brasileño (artículos 1025 y 1030 –el que añade que la transacción sólo se rescinde por dolo, violencia o error esencial–).

El mismo Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 2152), menciona dentro de los requisitos para la validez de la transacción, la capacidad de las partes para disponer de lo que sea objeto de la transacción, que las cosas o cuestiones sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas, que las partes se prometan, cedan o den algo recíprocamente, y que cuando la transacción se efectúa por medio de mandatario, éste debe tener facultad especial.

Por otra parte, el Código Libanés (artículo 1036) establece que para transigir debe tenerse la capacidad de enajenar a título oneroso, los objetos sobre los que recae la transacción. Este mismo Código (artículo 1042) señala que la transacción tiene por objeto extinguir definitivamente los derechos y pretensiones sobre los que recae, así como asegurar a cada una de las partes la propiedad de los bienes que han sido entregados o los derechos que han sido reconocidos por la otra parte; y agrega que la transacción sobre una deuda, por medio del pago de una parte de la suma debida, vale como condonación y se extiende al resto y libera al deudor.

El propio Código Libanés (artículo 1043) prescribe que las partes se deben recíprocamente garantía de las cosas que se otorgan a título de transacción, cuando la parte a la cual el bien litigioso se ha entregado por efecto de la transacción, es despoja-

da o descubre un vicio redhibitorio, en cuyo caso hay lugar a la resolución total o parcial o a una reducción del precio en las condiciones de venta; y agrega que cuando la transacción consiste en la concesión a tiempo de la posesión de un bien, la garantía que las partes se deben es aquella otorgada en el arrendamiento. Y señala, en su artículo 1044, que la transacción debe ser entendida estrictamente cualquiera que sean sus términos, y que ella se aplica únicamente a las cuestiones que se expresan. En este mismo sentido se pronuncian el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2188), el Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2153), el Código Brasileño (artículo 1027) y el Código Español (artículo 1815, primer párrafo).

El citado Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2158) y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2186) efectúan una relación taxativa de las materias sobre las cuales se prohíbe transigir.

En relación con el tema del carácter de cosa juzgada que otorga el Código nacional a la transacción, hacemos notar que el Código Libanés no adopta este principio, al establecer, en su artículo 1047, que la transacción puede ser atacada por violencia o dolo; por error material sobre la calidad de la persona de la otra parte o sobre el bien discutido; por defecto de causa cuando la transacción se haya celebrado por un título falso; por causa inexistente; y por un asunto terminado por una transacción válida o por un proceso inapelable del cual las partes o una de ellas ignoraban su existencia, añadiendo que la nulidad sólo puede ser invocada por la parte que actuó de buena fe.

Por su parte, el Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 946) establece que para transigir se requiere tener capacidad de disposición sobre los bienes comprendidos en la transacción; y que la transacción hecha sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto o materia del contrato tienen sanción de nulidad. Este Código agrega (artículo 952) que es anulable la transacción sobre un pleito ya decidido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando la parte favorecida por ésta y que pidió la anulación, no hubiese tenido conocimiento de la sentencia; y anota, adicio-

nalmente, que si el fallo ignorado por las partes puede todavía admitir algún recurso, la transacción es válida.

El Código Español (artículo 1819), el Código Brasileño (artículo 1036), el Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2166, inciso 2) y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2198) tratan acerca de la nulidad de la transacción sobre pleito decidido ya por sentencia firme.

El Código Uruguayo (artículo 2152) dispone que las personas jurídicas sólo pueden transigir en conformidad a las leyes o reglamentos especiales que le conciernen.

El Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2157), varias veces citado, prevé que hay lugar a saneamiento en las transacciones, cuando una de las partes da a la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa. Este mismo Código prescribe (artículo 2156) que si una cosa que fue materia de transacción resulta ajena, se pierde para todos los que transigieron y en proporción del interés que hubiere correspondido a cada uno.

El Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2193) establece que la parte que en la transacción hubiere transferido a la otra alguna cosa como suya propia, estará sujeta a la indemnización si el poseedor de ella fuere vencido en juicio; pero la evicción sucedida no hará revivir la obligación extinguida en virtud de dicho contrato.

Adicionalmente, el mismo Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2155) y el Código Brasileño (artículo 1031) disponen que la transacción celebrada por uno o algunos de los interesados, no obliga ni favorece a los demás, si no la aceptan.

De otro lado, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2189) señala que por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que nacen del objeto de las diferencias que sobre ella intervienen. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garan-

tizarlos, ni le impone responsabilidad en caso de evicción, ni forma un título propio en que fundar la prescripción.

El mismo Anteproyecto de Luis de Gásperi (artículo 2194) prescribe que, si el que hubiere transigido sobre un derecho propio, adquiere después de otra persona un derecho semejante, no quedará, en cuanto al derecho nuevamente adquirido, obligado por la transacción anterior; y agrega (artículo 2192) que la transacción entre el acreedor y el deudor puede ser invocada por el fiador que expresamente se hubiere obligado a pagar previa excusión de los bienes del deudor principal, y puede ser opuesta al fiador solidario que se hubiere obligado sin esta limitación.

El Código Argentino (artículo 835) establece que las transacciones deben interpretarse estrictamente y que ellas 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.

En este mismo sentido, el Anteproyecto Llambías (artículo 224) señala que la transacción declara derechos pero no los transmite; y agrega que ella es de interpretación estricta, no comportando garantía acerca de los derechos reconocidos, ni da lugar a responsabilidad por la evicción. Adicionalmente expresa que la transacción no obstará al ejercicio del derecho que ulteriormente se adquiere sobre el bien comprendido en la transacción.

El Código Civil Argentino (artículo 839) añade que no se puede transigir a nombre de otra persona sino con poder especial, con indicación de los derechos u obligaciones sobre los que debe versar la transacción, o cuando el poder facultare expresamente para todos los actos que el poderdante pudiera celebrar, incluso el de transar.

El mismo Código (en su artículo 840) dispone que no puede transigir el que no puede disponer de los objetos que se abandonan en todo o en parte.

El propio Código Argentino (artículo 851) prescribe que la transacción hecha por uno de los interesados, ni perjudica ni aprovecha a tercero ni a los demás interesados, aun cuando las obligaciones sean indivisibles.

El Código Argentino (artículo 856), en fin, prevé que si una de las partes en la transacción adquiriere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido.

El Anteproyecto Llabrás de Código Civil Argentino de 1954 (artículo 225), antes citado, señala que la transacción podrá invalidarse: 1° Cuando tuviese por objeto ejecutar o determinar los efectos de un título carente de validez, aun cuando las partes conocieran la nulidad del título.– La transacción sólo será eficaz si expresamente se hubiera tratado sobre la invalidez del título; 2° Cuando alguna de las partes llegare a conocer documentos decisivos para el reconocimiento del derecho sobre el que hubiese transigido; 3° Cuando versare sobre un pleito ya resuelto por sentencia firme, si la parte impugnante hubiese ignorado el fallo; 4° Cuando fuese hecha, total o parcialmente, sobre la base de documentos falsos; y agrega (artículo 226) que la transacción no podrá impugnarse por causa de lesión; y que tampoco podrá serlo porque descubrieren errores aritméticos a su respecto, pero las partes podrán requerir la rectificación correspondiente.

– **Análisis.**

– **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 revisten 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 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 cualquier 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 con los términos convenidos, 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 les es más conveniente recurrir a otro tipo de solución.

En efecto, no es extraño que varíen las circunstancias entre el momento de 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<sup>(1)</sup> o a los supuestos que conducen a una excesiva onerosidad de la prestación<sup>(2)</sup>, sino a que las partes deci-

---

(1) **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.”

(2) En nuestro ordenamiento civil, si en los contratos conmutativos de

dan que un cambio es necesario o deseable dentro de lo acordado. O que, en términos del análisis económico del Derecho, 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 **synallagma** y *desigualar* las prestaciones), resulta que no es el pago el modo idóneo, sino exactamente lo opuesto, vale decir, el no pago.

---

ejecución continuada, en los contratos comutativos 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 la prestación, a las circunstancias, o si lo solicitara el demandado, el juez puede decidir por la resolución del contrato.

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.

Por otro lado, es evidente que el mutuo disenso en ciertos casos constituye la solución ideal para los contratantes, ya que ocasionalmente el pago recíproco 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 ya no tendrían razón de ser, 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 sus orígenes, es más, tal vez resulte imposible determinarlos. 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 que hasta en este mismo siglo se ha considerado como poseedora de un toque de distinción a aquella persona de clase socio económica alta (segmento “A”, como hoy en día se le denomina) que se mantenía como litigante (lo cual elevaba su **status**), 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 el convivir de manera pacífica, lo que se perturba con la prolifera-

ción 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, cabe la posibilidad de que una de las partes (o incluso ambas) queden insatisfechas 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, entendida 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 transac-

ciones ni hay Derecho en la isla de Robinson. Vivimos transando y porque transamos sobrevivimos.

– **Concepto.**

La Real Academia de la Lengua Española<sup>(3)</sup> define a la transacción como “acción y efecto de transigir” y, por extensión, “trato, convenio, negocio”.

Transigir<sup>(4) (5)</sup> se define como “consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia”. También como “ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa.”

De este mismo parecer es Guillermo Cabanellas<sup>(6)</sup>, 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.”<sup>(7)</sup>

---

(3) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 1330.

(4) En América Latina se utilizan indistintamente como sinónimos los términos transigir y transar, siendo esta última palabra también parte de la Lengua Española (REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 1330.).

(5) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 1331.

(6) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. Tomo VIII, Páginas 163 a 165.

(7) 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. En adelante, los puntos relevantes de este tema:

“Adopción de un término medio en una negociación; ya sea en el precio o en alguna otra circunstancia. Ajuste, convenio. Negocio. Operación mercantil. En las definiciones contenidas en el Convenio Internacional del Trigo –con la típica e inelegante machaconería anglosajona del original–, por transacción se entiende toda venta

El Código Civil Peruano de 1984 también adopta un concepto restringido de transacción, pues cuando utiliza este término se

---

de ese cereal exportado desde un país exportador, o que haya de serlo, para ser importado a un país importador, o la cantidad de ese trigo así vendida.

1. En Derecho Civil. Dentro del mismo, en colindancia con el Procesal, que mediante la transacción se elude o abandona, esta institución se define como contrato y como acto, según se conceda mayor importancia al medio de manifestarse las voluntades o al hecho en sí de mutuas concesiones y renunciaciones.

Así, el art. 1.809 del Cód. Civ. esp. define la transacción como: 'Un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado'. Para el Cód. Civ. arg.: 'La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas' (art. 832). Para el Cód. Civ. francés se trata de 'un contrato por el cual las partes ponen término a un pleito o evitan el que puede surgir' (art. 2.044).

2. Naturaleza. Como se ha señalado con exactitud, la transacción integra un contrato civil con proyecciones procesales, y un substitutivo de la sentencia; ya que puede poner fin a un pleito en curso, con efectos de cosa juzgada entre las partes. Esencial en la misma es la reciprocidad en las adquisiciones o renunciaciones; pues se trata de que no haya vencedores ni vencidos, al menos plenamente. Además, de obtener una parte cuanto reclama, no se está sino ante un allanamiento (v.) de la otra; figura procesal distinta y con más de acto unilateral.

3. Conciliación y transacción. Esta última, que se hace sinónima de conciliación (v.), aunque no en lo procesal, sino en tanto que armonía de intereses contrarios o cual reconciliación de los enemistados o enemigos, posee la ventaja infinita de resolver con rapidez las cuestiones planteadas, sin arrostrar las dilaciones ni los gastos de los juicios; además de la satisfacción personal de haber obtenido algo, lo cual lesiona sin duda la causa de la justicia, pero hace que ganen la de la equidad o la de las buenas relaciones humanas, de no menor importancia.

En realidad, en la transacción, más que renuncia de un derecho, ya que existía controversia, lo que se renuncia es una esperanza; que el derecho sólo es firme, de discutirse, cuando está acreditado por una sentencia que lo reconozca o lo imponga con fuerza ejecutiva, o que lo constituya, según la diversa índole de las acciones.

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<sup>(8)</sup>.

- 
4. Ambito. No todos los derechos son susceptibles de transacción, ya que ello permitiría confabulaciones contra terceros, o lesión de orden público. De ese modo, el Cód. Civ. arg. declara que no pueden ser objeto de transacción: a) la acción para acusar y pedir el castigo por delitos; b) la validez o la nulidad del matrimonio, a menos de ser a favor del matrimonio; c) las cosas que están fuera del comercio; d) los derechos que no pueden ser objeto de una convención; e) las contestaciones relativas a la patria potestad, a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima; f) los derechos eventuales a una sucesión; g) la sucesión de una persona viviente (arts. 842 y ss.); h) la obligación de prestar alimentos (art. 374); i) el salario de asistencia o salvamento, si el convenio se hace en alta mar o al tiempo del varamiento (art. 1.310 del Cód. de Com.).
  5. Bases institucionales. Como principios generales, el Cód. Civ. cit. acepta los principios sobre capacidad, objeto, modo, forma, prueba y nulidad de los contratos, con las excepciones y modificaciones que se señalan luego. La transacción es indivisible, de forma que, anulada cualquiera de sus cláusulas, queda sin efecto todo el acto, por el encadenamiento que entre las concesiones se establece; claro que nada impediría una convención adicional de las partes que mantuviera la transacción en lo principal y decidiera sobre la parte nula.”
- (8) 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 transcribimos a continuación:
- Artículo 167.**— “Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:  
(...)  
2. Celebrar transacciones.  
(...).”
- Artículo 448.**- “Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:  
(...)  
3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.  
(...).”

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 ya expresado, en el sentido común 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.

---

**Artículo 487.-** “El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable.”

**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.”

**Artículo 1188.-** “La novación, compensación, condonación o transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los demás codeudores.

En estos casos las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus codeudores, se rigen por las reglas siguientes:

(...)

4. En la transacción, los codeudores responden, a su elección, por su parte en la obligación original o por la proporción que les habría correspondido en las prestaciones resultantes de la transacción.”

**Artículo 1455.-** “No procede la acción por lesión:

1. En la transacción.

(...).”

**Artículo 1500.-** “El adquirente pierde el derecho a exigir el saneamiento:

(...)

3. Si transigió el juicio sin anuencia del transferente.

(...).”

**Artículo 1652.-** “En el caso del artículo 1651, no será necesaria la intervención de los representantes o el cumplimiento de las formalidades de la transacción, según el caso, cuando el valor del bien mutuado no exceda diez veces el sueldo mínimo vital mensual.”

**Artículo 1889.-** “El fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor.

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<sup>(9)</sup>, comentando este precepto, el mismo 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 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.

Llambías<sup>(10)</sup> 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 renunciamentos.

---

Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente ha pagado.”

(9) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Páginas 213 y 214.

(10) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Páginas 71 y 72.

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, etc. 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.

El Código Civil Brasileño, en su artículo 1025, establece que es lícito a los interesados prevenir o terminar el litigio mediante concesiones mutuas. Levenhagen<sup>(11)</sup>, comentándolo, señala que este precepto da la conceptualización técnico-jurídica de la transacción, que difiere sensible y sustancialmente de la que comúnmente se le da, pues en sentido vulgar transacción es cualquier negocio, como una venta, una permuta, un acuerdo, etc., 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.

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 a 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 rela-

---

(11) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 163.

ción 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 concluir que, por medio de la transacción, las partes transforman un **status** jurídico inseguro por otro seguro, a través de sus mutuas concesiones.

#### – *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 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.

##### (a) *La transacción como contrato.*

Parte importante de la doctrina y de las legislaciones<sup>(12)</sup> 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).

---

(12) A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes Códigos Civiles: 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, etc.

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 de 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**)<sup>(13)</sup>.

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, el 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

---

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

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 (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 Luis de Gásperi<sup>(14)</sup>, 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 tanto debe ocupar lugar entre las figuras de este género. Lo propio opina respecto de la novación, la misma que debería ubicarse entre los contratos extintivos, como la renuncia y la rescisión. Para el profesor De Gásperi, estos cambios con vendrían a la economía de un Código.

Vemos que tales consideraciones están provistas de buenos argumentos, ya que las concesiones recíprocas implican renunciaciones 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 sub-

---

(14) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Páginas 214 y siguientes.

siste en tanto la prestación prometida a cambio no sea cumplida.

Según De Gásperi<sup>(15)</sup>, 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, el tratadista alemán Karl Larenz<sup>(16)</sup> 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 la misma. Larenz, sin embargo, limita las transacciones a lo que afecta a la relación obligacional. Toda relación de deuda –e igualmente las pretensiones individuales derivadas de las mismas– puede ser objeto de transacción cuando acerca de ella se origine un litigio o una incertidumbre.

Expresa Larenz que mediante la transacción se crea nueva base de acción judicial, pero esto no significa extinción de la relación obligatoria preexistente y que una nueva venga a ocupar su lugar; por lo tanto, la transacción no persigue –salvo que las partes lo hayan estipulado expresamente– una sustitución de deuda (novación), sino que permite la coexistencia de la relación jurídica preexistente, regulándola de nuevo tan solo en aspectos particulares, como por ejemplo, si las partes llegan a un acuerdo acerca de la cuantía discu-

---

(15) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Páginas 215 y siguientes.

(16) LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Páginas 136 a 139.

tida de un crédito existente entre ellas, caso en el cual subsisten los derechos de garantía que originariamente se establecieron; también subsisten ulteriormente, en cuanto sea posible, las excepciones que mediante la transacción no hayan quedado extinguidas.

Estima Larenz que la transacción pertenece a los “negocios declarativos”, cuya finalidad es hacer segura e incontestable entre las partes una situación jurídica controvertida e insegura. Puede ocurrir que el deudor reconozca el crédito discutido o incierto, ya en toda la cuantía afirmada por el acreedor o en otra inferior; el acreedor en el primer caso tal vez consienta en un aplazamiento del pago o aumente su contraprestación, pero en el segundo caso renunciará al excedente que en principio exigió (mediante el llamado “reconocimiento negativo”). Por lo tanto –opina Larenz–, la transacción contiene, en la mayoría de los casos, aunque no necesariamente, un reconocimiento por una de las partes o por ambas. En estos supuestos no se trata, por regla general, de un reconocimiento abstracto en el sentido del artículo 781 del B.G.B., que tal vez tuviera un significado completamente novatorio, sino de un reconocimiento “causal”: la deuda reconocida en transacción conserva su carácter anterior (por ejemplo, como débito del precio de la compraventa, o en concepto de mutuo). No surge ninguna nueva obligación ni junto a la existente ni en su lugar, pero cuando la deuda anterior no consistía en la cuantía ahora reconocida, el reconocimiento produce, no obstante lo dicho, efecto creador de la obligación. Y a la inversa, si el acreedor se da por satisfecho en la transacción con una suma inferior a la efectivamente debida con anterioridad, hay en su reconocimiento (“negativo”) una renuncia y, por lo tanto, una disposición sobre su derecho. Por consiguiente, la alteración de la anterior relación obligatoria se verifica por medio de ampliación o limitación del deber de prestación, o por nueva fijación de su vencimiento, aceptación de deberes adicionales o renuncia de derechos accesorios (por ejemplo, al derecho de rescisión), variando su contenido originario por medio de la transacción.

Así pues, la transacción aparece para Larenz como un contrato de modificación (se trata de una disposición conjunta de ambas partes sobre la relación obligatoria como un todo), con la finalidad de eliminar un litigio o una incertidumbre y, por tanto, desde un punto de vista formal, es de carácter único o predominantemente “declarativo”. Como contrato de modificación, actúa inmediatamente sobre la relación de deuda reformada, transformándola.

Larenz reconoce que el punto de vista que expone no es el de la doctrina dominante, la cual construye a la transacción estrictamente como un contrato obligatorio, que en forma alguna crea o incluye actos dispositivos. De ahí que no modifique la relación de deuda, sino que únicamente obligue a ello a las partes, las cuales han de efectuar “actos de ejecución” necesarios, por ejemplo, declaraciones de reconocimiento o renuncia. Ciertamente –a decir de Larenz–, estos negocios de ejecución, en cuanto no requieran forma alguna, podrán ser efectuados juntamente con la transacción, aunque sea lógico distinguirlos de la transacción propiamente dicha, que como tal, es sólo el “fundamento jurídico” de los negocios de disposición que de ella se separan o derivan y mediante los que se altera la relación jurídica. Larenz considera erróneo tal desdoblamiento de un negocio jurídico concebido como unitario por las partes. A su parecer, los partidarios de esta construcción olvidan que en el instituto del contrato de modificación existe la posibilidad de que las partes reformen directamente el contenido de la relación obligatoria y la reglamenten de nuevo y, cabalmente, es éste también el resultado de la transacción. Para Larenz, en suma, la transacción según su sentido rectamente entendido no solamente obliga a las partes a realizar la correspondiente modificación de la relación obligatoria por actos ulteriores, sino que, además (en tanto los acuerdos adoptados se desvíen efectivamente de la situación jurídica precedente), se produce también directamente, pues la cantidad sobre la que las partes han transigido es la adeudada en adelante, aunque con anterioridad se debiere una mayor o menor.

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 aun 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, Luis María Rezzónico<sup>(17)</sup>, 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 Civil Argentino la remite, en su artículo 833<sup>(18)</sup>, 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

---

(17) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Páginas 1026 y 1027.

(18) **Artículo 833 del Código Civil Argentino.** – “Son aplicables a las transacciones todas las disposiciones sobre 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.”

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); finalmente, es formal, puesto que su existencia depende de la observancia de la forma prescrita (**ad solemnitatem**).

Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(19)</sup>, al referirse a la naturaleza jurídica de la transacción, expresan que, si bien algunos autores, guiados por la definición de contrato que proporciona el artículo 1137 del Código Civil Argentino, consideran a la transacción como un contrato, otros, como Lafaille, opinan que es una convención, puesto que el contrato sólo sería la convención que “crea” obligaciones, de modo que no podría admitirse el carácter de contrato para la transacción que las extingue.

Los autores citados estiman que hasta donde la ley ilustra no cabe duda que estructuralmente la transacción es un acto jurídico bilateral, pero, al buscar nuevas características a la figura, se hallan frente a la controversia acerca del concepto por adoptar para el contrato o para la convención, a fin de establecer si cabe en uno u otro grupo.

Refieren además que el problema ofrece dificultad ya que, a veces, la transacción, bajo el mismo ropaje del acto, no se limita a extinguir obligaciones, sino que vuelve a crearlas: se pueden extinguir obligaciones litigiosas o dudosas y, al mismo tiempo, crear obligaciones nuevas; caso en el cual podrá concurrir la naturaleza extintiva de la transacción con la naturaleza del contrato que pueda crearse, pero esa yuxtaposición no va a afectar en definitiva su verdadera esencia.

Como sabemos, siguiendo la línea conceptual de nuestro ordenamiento jurídico, dentro de la clasificación de los contratos de

---

(19) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 351.

acuerdo con 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.

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 extinguendo 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 del mismo<sup>(20)</sup>.

(b) *La transacción como acto jurídico.*

Hay autores para quienes la transacción difiere en su natura-

---

(20) 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 (no se modifica lo sustancial). Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General, Primera Parte, Tomo I, Páginas 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.”

leza 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 es el efecto propio de un contrato). Son de esta opinión los profesores Llerena, Colmo, Lafaille, Levenhagen y Boffi Boggero, entre otros.

Héctor Lafaille<sup>(21)</sup> 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.

Agrega el citado tratadista argentino 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 tampo-

---

(21) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 399 y 400.

co 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.

Además, Lafaille recuerda que la ley ha insistido excesivamente acerca de este punto; pero sea que medie una semejanza o verdadera identidad entre el contrato y la transacción, hubiese bastado con haberlo dicho en el artículo 833, siendo por lo tanto superfluas las referencias de los artículos 837 y 857, que vienen a repetirlo, fuera de que en otros varios se consignan disposiciones relativas a la capacidad (artículos 839 a 841) o acerca del objeto (artículo 848, por ejemplo).

Para Levenhagen<sup>(22)</sup>, 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, etc.), 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 adecúa situaciones en cuanto a derechos ya existentes, ya creados.

El Código Civil Brasileño no incluye a la transacción dentro del capítulo de los contratos, pero esto no obsta para que numerosos doctrinarios y juristas de este país la califiquen como tal, no con el objeto de asegurar derechos o de extinguirlos, sino de consolidarlos, de defenderlos de la incertidumbre.

---

(22) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 164.

(c) *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<sup>(23)</sup>. 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.

Otro importante profesor peruano, el Doctor León Barandiarán, compartía este planteamiento<sup>(24)</sup>. Las razones esgrimidas por este tratadista 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 con-

---

(23) Resulta de interés conocer el argumento preponderante en que se basó la Comisión para optar por este cambio (OLAECHEA Y OLAECHEA, Manuel Augusto. En: COMISION REFORMADORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852. Actas de la Comisión, Fascículo VI, Páginas 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.”

(24) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 555 y 556.

clusión 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 el Doctor 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, la búsqueda de la reconciliación entre las partes. Como decía Rosetti, 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<sup>(25)</sup>, 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<sup>(26)</sup>; 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 im-

---

(25) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. La Transacción. Exposición de Motivos del Código Civil. Separata Especial del Diario Oficial "El Peruano". Lima, lunes 3 de diciembre de 1990, Página 5.

(26) 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.

pulsaron 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<sup>(27)</sup> critican la metodología que el 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.

Para los profesores citados hay una incongruencia en el Código Civil Argentino, que considera a la transacción meramente extintiva de obligaciones, pese a contemplar la posibilidad de transigir también sobre los derechos reales, hereditarios y de familia. Otra crítica que le hacen es respecto a la “inusitada extensión” con que se ha legislado, mientras que, aplicando los principios generales, el Código Civil Alemán sólo ha necesitado dedicarle un párrafo y el Código Suizo de las Obligaciones no la trata en especial. Atribuyen –al igual que otros autores como Alfredo Colmo– la repetición de reglas sobre capacidad, objeto, etc., al hecho de que Vélez Sarsfield no tenía contemplada globalmente la materia de los contratos al proyectar la transacción.

En contraposición a esta tesis, Salvat<sup>(28)</sup>, al abordar el efecto

---

(27) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Páginas 349 y 350.

(28) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 249 y 250.

extintivo de la transacción, señala que el mismo ha sido consagrado por el Código Civil Argentino en los siguientes términos: “La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada” (artículo 850). **Ergo**, la transacción (tal cual resulta de los propios términos de la ley) produce como efecto fundamental y característico la extinción de los derechos y obligaciones que habían sido objeto de ella, es decir, de los derechos y obligaciones que las partes hubiesen entendido renunciar. En consecuencia, las partes no pueden en adelante exigirse nuevamente el cumplimiento de esos derechos y obligaciones, porque la transacción hace entre ellas las veces de una sentencia. De esta forma, en lugar de ventilar la cuestión en un juicio o de esperar la sentencia judicial en su caso, las partes se dictan voluntariamente su propia sentencia. La importancia de la transacción queda resaltada, ya que con ella la cuestión queda definitivamente resuelta, porque de otro modo las partes podrían desconocer este principio y pretender renovar la discusión de la cuestión transigida. En cambio, ahora se puede oponer una excepción de transacción (**exceptio de litis por transactionem finitae**), análoga a la cosa juzgada, pero que no se identifica con ella. En suma, Salvat apunta a que transigido un juicio, no procede en adelante que en él se dicte sentencia, puesto que concluida la cuestión desaparece el caso judicial.

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<sup>(29)</sup>. Ambos conceptos no son, pues, excluyentes sino complementarios.

---

(29) 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 or-

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 la 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 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, cierto.

#### – *Importancia.*

El propósito del legislador de 1984, de robustecer la transacción otorgándole un tratamiento detallado, ha sido el facilitar a las

---

den público. Pero en este último caso pueden darse excepciones, como la que prevé el sistema argentino en su artículo 843, 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.

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 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 forma necesario para su celebración, el cual –en el Código vigente– es que ella conste por escrito (bajo sanción de nulidad), sin requerirse la formalidad supuestamente **ad solemnitatem** de la escritura pública exigida por 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 ella los procesos pueden evitarse o terminar amablemente, y así los asuntos que envuelvan los intereses más discordantes y ardientes llegan 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<sup>(30)</sup>, uno de los autores más representativos de la escuela de la exégesis, es bastante 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: “**¿quid faciunt leges, ubi sola pecunia regnat, aut ubi paupertas vincere nulla potest? Ipsi, qui cynica traducunt tempora coena, nonnunquam nummis vendere verba solent. Ergo iudicium nihil est, nisi publica merces Atque Eques, in causa qui sedet, empta probat**”<sup>(31)</sup>.

---

(30) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 549.

(31) 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 pensamien-

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, Alvaro Ortúzar Santa María<sup>(32)</sup> 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 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.

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

---

to el de este himno de la Iglesia Católica dirigiéndose al Señor para decirle en sus plegarias: "**¡Dissolve litis vincula! ¡Astringe pacis foedera!**". (TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII (Du Cautionnement et des Transactions), Página 550.

(32) ORTUZAR SANTA MARIA, Alvaro. Nulidad del Contrato de Transacción en Materia Civil: En: BARROS BOURIE, Enrique. Contratos, Páginas 23 y 24.

do interiormente 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 aun, 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 ésta 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 concesio-

nes 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), etc. 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<sup>(33)</sup>, es decir, que carezca del elemento de incertidumbre, o que el problema tenga un trasfondo de índole personal<sup>(34)</sup>, 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.

- 
- (33) Estamos figurando el supuesto, 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”.
- (34) Aunque aun 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.

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, la misma que las partes deciden llevar a término de manera definitiva; de esta forma, 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.

#### – **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.

Dudoso es aquello “que ofrece duda”, “que tiene duda”, “que es poco probable, que es inseguro o eventual”<sup>(35)</sup>. 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<sup>(36)</sup>, dudoso es “Lo incierto. De verdad no comprobada. De insegura falsedad. De acierto o frus-

---

(35) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 518.

(36) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. Tomo III, Página 340.

tración no probados. De éxito muy problemático. De solvencia remota. De interpretación equívoca.”

Este mismo profesor<sup>(37)</sup> 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.”<sup>(38)</sup>

---

(37) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. Tomo III, Páginas 339 y 340.

(38) Cabanellas posteriormente analiza el concepto dentro del ámbito del Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Político y el 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’. Concuera 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

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 (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 devenga (o degenera) en un asunto litigioso. En efecto, puesto que la transacción puede recaer sobre derechos y obligaciones meramente dudosos, no hace falta que haya pleito pendiente, sino que se de 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<sup>(39)</sup> 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 ha comenzado. A los jueces, de hecho, les pertenece el poder de apreciar las circunstancias de donde pue-

---

los que se enseorea 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.”

(39) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 554 y 555.

de 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<sup>(40)</sup>.

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.

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 al Presidente de la Comisión que ela-

---

(40) 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 ésta 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.

boró el Código Napoléon, el recordado jurista Favre, Troplong<sup>(41)</sup> 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; es esta idea la que Ulpiano ha explicado en la ley 1, D., **De transact.**: “**Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa, rem certam et indubitatem liberalitate remittit**”.

Por su parte, Salvat<sup>(42)</sup> expresa que obligaciones dudosas son aquellas que las partes sería 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 en que, 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

---

(41) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII (Du Cautionnement et des Transactions), Páginas 554 y 555.

(42) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 193 y 194.

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, etc.

Relacionando en una secuencia lógica al elemento desacuerdo como generador de incertidumbre, Levenhagen<sup>(43)</sup> 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 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<sup>(44)</sup>, 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, sin bien suena algo exagerado, en la realidad no lo es (la esencia de la duda es precisamente la confusión respecto a una diversidad de aspec-

---

(43) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Página 163.

(44) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 350.

tos). 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<sup>(45)</sup> 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 tanto, el 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.

---

(45) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 76.

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 bajo comentario: “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”, para los efectos de la transacción, están íntimamente vinculadas.

### – *Asunto litigioso.*

Dentro del término litigioso están comprendidos los asuntos que sean materia de una controversia judicial (**litis**) o de un arbitraje<sup>(46)</sup>.

---

(46) 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 com-

De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española<sup>(47)</sup>, 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, Guillermo Cabanellas<sup>(48)</sup> 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. 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<sup>(49)</sup> 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.

---

promiso arbitral (artículos 1906 a 1922), habiendo sido esta norma legal, a su vez, derogada y sustituida por una nueva Ley de Arbitraje. Nos referimos a la Ley N° 26572, de fecha 3 de enero de 1996, que hoy nos rige.

(47) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 838.

(48) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo V, Página 220.

(49) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 193.

Alterini, Ameal y López Cabana<sup>(50)</sup>, 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<sup>(51)</sup> 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<sup>(52)</sup> no distingue cuestiones dudosas de litigiosas, mencionando tan solo a las litigiosas y, basándose en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (particularmente en la de fecha 6 de mayo de 1966), 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.

Carnelutti<sup>(53)</sup> 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 del mismo, 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 liti-

---

(50) ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 350.

(51) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit, Tomo II, Página 333.

(52) CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., Página 394.

(53) Citado por Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo V, Página 220.).

gioso (palabra por demás ambigua y amplia) y no que exista un litigio (que nitidamente 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, 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. 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 puede considerar a la obligación como litigiosa (por lo que no cabría transacción) si el demandado reconociese el derecho del demandante, no obstante éste le hiciera 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 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 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 esta sentencia, nada obsta a que por medio de concesiones recíprocas realicen 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 finalizar nuestros comentarios acerca de los asuntos litigiosos, que éstos también pueden 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.

Sin embargo, como en los juicios y en todo procedimiento no basta con tener la razón sino se requiere que concurren 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.

## – Concesiones recíprocas.

¿Qué significa realizar concesiones recíprocas? De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española<sup>(54)</sup>, 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.”<sup>(55)</sup>

Para Guillermo Cabanellas<sup>(56)</sup> 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, 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 de la Lengua Española<sup>(57)</sup>, el término recíproco significa “Igual en la correspondencia de uno a otro”; en

---

(54) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 352.

(55) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 351.

(56) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Página 253.

(57) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 1153.

tanto reciprocidad significa "Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra". Guillermo Cabanellas<sup>(58)</sup> 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 presentarse 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 satisficieron sus expectativas originales, sí lograron un convenio cercano a dichas posiciones. Decimos que debe ser cercano, pues es precisamente esta cercanía la que les habrá permitido ceder en algo y todavía encontrarse satisfechas con lo acordado.

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 impase. Reiteramos que la reciprocidad no implica equivalencia sino en términos relativos.

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

---

(58) CABANELLAS, Guillermo, Op. cit., Tomo VII, Página 38.

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 (**Transactionibus receptum est ut pro modico magna amittamus**), pero esto es semejante a realizar una compraventa de un bien a un precio inferior al del mercado; se trata de decisiones voluntarias de partes contratantes. Y en el caso de la transacción esto es aun 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<sup>(59)</sup>.

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 6,000 nuevos soles, mientras que el acreedor estime que su deudor le debe 10,000 nuevos soles; y que antes de promover un procedimiento judicial, ambas lleguen al acuerdo y pago de la cantidad de 8,000 nuevos soles. En el ejemplo que acabamos de señalar la cantidad objeto de tran-

---

(59) Sobre este punto consideramos de interés reproducir la opinión del Doctor José León Barandiarán (LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 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).”

sacción sería exactamente la media proporcional entre las cantidades que sostenían como ciertas cada una de las partes<sup>(60)</sup>.

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 le 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, etc.) 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<sup>(61)</sup>, 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 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.

---

(60) 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.

(61) ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M. Op. cit., Tomo II, Página 350.

A decir de Llambías<sup>(62)</sup>, 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.

Igualmente opinan los profesores franceses Starck, Roland y Boyer<sup>(63)</sup>, para quienes no hay necesidad de que los sacrificios mutuamente consentidos sean de la misma importancia. Refiriéndose al artículo 2052 del Código Napoleón, el mismo que tiene cuidado en precisarlo declarando inadmisibles 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.

---

(62) LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 75.

(63) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 229.

Pero si sólo una de las partes cediese en sus supuestos derechos<sup>(64)</sup>, 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 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, etc., lo cual no constituye jamás una transacción.

Starck, Roland y Boyer<sup>(65)</sup>, 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 de 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

---

(64) Decimos “supuestos” pues el asunto es dudoso o litigioso.

(65) STARCK, Boris, ROLAND, Henri y BOYER, Laurent. Op. cit., Página 228.

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<sup>(66)</sup> 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, **Hinc et inde dari aut retineri necesse est**, 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.

Ahora bien, puesto que transigir significa ceder, y ceder implica renunciar, debemos reiterar que no todos los derechos pueden ser objeto de transacción. Así, los derechos irrenunciables son incompensables. Por ello, para nuestro Derecho la transacción debe versar necesariamente sobre derechos patrimoniales.

#### – ***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 comple-

---

(66) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 561.

mentario 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 distintos 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 sumamente 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 aquellas 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 obligaciones nuevas. 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 concesiones recíprocas) las obligaciones materia de conflicto.

Ahora bien, si a través de un acto transaccional las partes no sólo extinguiéran obligaciones, sino que crearan otras nuevas, es natural que cualquier controversia nacida con respecto a estas obligaciones constituirá materia susceptible de reclamo o de even-

tual 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.

#### – **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<sup>(67)</sup>.

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 tran-

---

(67) 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).

sacción 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).

– **Clases de transacción.**

(a) **Según si se realiza dentro o fuera del litigio.**

(a.1) *Transacción judicial.*

Del texto del artículo 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). El Doctor 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”<sup>(68)</sup>.

Se tratará de una transacción judicial 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.

(a.2) *Transacción extrajudicial.*

Será extrajudicial si la transacción se produce respecto de un asunto que no es materia de controversia judicial o arbi-

---

(68) LEON BARANDIARAN, José. *Op. cit.*, Tomo II, Página 557.

tral, evitando que se promueva un litigio sobre el asunto acerca del cual se transige.

(b) ***Según su magnitud.***

(b.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.

(b.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<sup>(69)</sup>.

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.

---

(69) Llambías (LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Op. cit., Tomo III, Página 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 substituir la conciencia de la divergencia de voluntades, aunque fuera sobre aspectos secundarios del negocio.

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.

(c) ***Transacción meramente extintiva de obligaciones o como acto complejo.***

(c.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.

(c.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 aquella o aquellas 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.

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

(d.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 artículo 1302 del Código Civil.

(d.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 dirimirá. 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. 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.

– ***Interpretación restrictiva.***

No se puede entender que las partes hayan transigido sobre otras cuestiones que las por ellas previstas, por lo que no cabe in-

interpretaciones que vayan más allá de lo expresamente establecido por las partes. Esta 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 restrictivamente. 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.

Luis De Gásperi<sup>(70)</sup> 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 874 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 renunciaciones, 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; por tal razón Ulpiano enunció la regla que viene a ser el fundamento del precepto bajo estudio: **Transactio quecumque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes pacuit interposita creditur.**

---

(70) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Páginas 235 y 236.

Según De Gásperi, por aplicación de la regla según la cual la transacción es de **strictissimi iuris** y no puede por tanto extenderse más allá de su objeto, se debe entender, como dicen Baudry-Lacantinerie y Wahl, que el recibo otorgado por la víctima de un accidente a la persona responsable de él, no importa renuncia a toda acción por las “consecuencias futuras” del hecho, de suerte que, si el accidente produce consecuencias más graves que las previstas, o de las que podía preverse, podrá la víctima o sus herederos accionar de nuevo por las consecuencias sobrevinientes y no previstas, para demandar un suplemento indemnizatorio, el cual es, también, el parecer de Guillaud.

Luis María Rezzónico<sup>(71)</sup> señala que la transacción es de interpretación estricta o restrictiva, según lo dispone el artículo 835 del Código de Vélez Sarsfield, debido a que implica una renuncia recíproca y toda renuncia es de interpretación estricta o restrictiva.

Considera el citado profesor argentino 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<sup>(72)</sup>, la transacción es de hermenéutica estricta, carácter que también está expresamente establecido en el Código Civil Argentino por el artículo 835, 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 la misma de manera absolutamente inequívoca<sup>(73)</sup>.

---

(71) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Página 1029.

(72) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Páginas 335 y 336.

(73) La razón de esta norma estriba –según los profesores citados– en que aunque la ley no vea en la transacción una renuncia, la misma

Aunque en el Código Civil Peruano de 1984 no existen similares preceptos a los contenidos en el 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 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 tanto, renunciaciones, 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 que el juez únicamente puede resolver sobre la base 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.

– **Valor de cosa juzgada.**

El artículo 1302 del Código Civil Peruano de 1984, en su último párrafo, establece que la transacción tiene valor de cosa juzgada. Esta, 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 juzgada se eleva al nivel de las verdades, adquiere la categoría de Derecho puro y no cabe contradecirla<sup>(74)</sup>.

---

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 del Código Civil Argentino; se sigue de este carácter que, en principio, la transacción no aproveche ni perjudique a los demás interesados que no hayan participado en ella.

(74) Guillermo Cabanellas (CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo II, Páginas 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 la misma 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

La Comisión Revisora del Código Civil Peruano<sup>(75)</sup> 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.

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 tienen 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 (...).

---

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.”

(75) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., Página 8.

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 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.”

Hasta aquí las expresiones de la Comisión Revisora.

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<sup>(76)</sup> 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 cé-

---

(76) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 552 y 553.

lebre en el Derecho y se fundamenta en que la transacción es un juicio pronunciado por las partes 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 –agrega– 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<sup>(77)</sup> una transacción tiene más solidez; y en esta relación es más sagrada que el juicio, tal como lo dijera Trochet al Primer Cónsul; por esta razón, en la declaración del Presidente Favre tenemos: “**Quanto majoris auctoritatis est transactio, quam res judicata**”.

Añade Troplong 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. Así, si se transigió sólo en condiciones relativas, y si faltase una, todo se debe derrumbar; pero, sin embargo, Troplong<sup>(78)</sup> agrega que una sentencia de la Cámara de Demandas del 9 de febrero de 1830, al rechazar un recurso planteado contra una sentencia de la Corte Real de

---

(77) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 648.

(78) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 648 y 649.

Bessancon, la que había anulado una transacción sólo en parte, parece a primera vista considerar su proposición.

Pero piensa Troplong que en esta materia el Tribunal de Casación está muy comprometido en concordar con la interpretación soberana de las Cortes Reales. Así pues, no es estrictamente imposible que, en un caso dado, considerado por los jueces del hecho, la intención de las partes haya sido sólo hacer que las diferentes cabezas de su transacción fuesen independientes unas de otras, de tal modo que entendieron tratarlas por separado, pero sostiene Troplong, en general y en Derecho, que esta intención no existe, que es contraria al principio de la correlación de varias cabezas de un contrato, que una Corte Real adultera los hechos no admitiendo pruebas tan claras como el día.

Resulta sumamente 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 Napoléon 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 aun, 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<sup>(79)</sup> 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

---

(79) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 650.

situación y sus derechos y porque hizo el sacrificio voluntario, se puede deducir que otras deban hacer lo mismo, y no es preciso que para aquellos las cosas permanezcan completas. Estas preguntas –a decir de Troplong– motivan al Presidente Favre a decir: **“Mirum non est auctoritatem rei iudicatas latius patere quam transactionis; quamvis non negem inter eos ipsos qui transegerunt, transactionem rei iudicatas vim habere”**; 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.

Por último –dice Troplong<sup>(80)</sup>–, a menudo es necesario proceder a una tercera oposición a un juicio. Nunca se está obligado a proceder a una tercera oposición en la transacción. Basta con decir a la parte a la que se opone: Para él es **res inter alios acta**.

Según Alfredo Colmo<sup>(81)</sup>, es extraordinario ese efecto de espejismo jurídico, en cuya virtud se confunden dos instituciones radicalmente distintas en su esencia, por razón de ciertas analogías externas entre ambas.

Señala Colmo que en la nota del mismo codificador al artículo del Código Civil Argentino, tomada como casi siempre de los comentaristas franceses, figura la mejor refutación del principio de que la transacción es una sentencia (ya Troplong, señalaba al respecto nada menos que cinco diferencias) y, sin embargo, se insiste en repetir ese absurdo. Considera Colmo que basta con apuntar: 1º, la sentencia es dictada por un juez, mientras que la transacción es celebrada entre privados; 2º, la sentencia puede ser apelable, al paso que la transacción no lo es; 3º, la sentencia entraña el **imperium**, esto es, la coerción, y la transacción ni remotamente lo supone, sino al mismo título que cualquier convención; 4º, la sentencia, como acto judicial que es, anula en virtud de motivos muy ajenos a los de una transacción que tiene los suyos.

---

(80) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 650 y 651.

(81) COLMO, Alfredo. Op. cit., Página 570.

Refiere Colmo que toda la analogía que hay entre la sentencia y la transacción estriba en que una y otra pueden extinguir un pleito (de ahí la regla IX de Domat, que miraba la transacción no como acto extintivo sino como expediente o medio procesal); pero es de esta manera sólo cuando la transacción verse sobre un derecho en juicio, cosa que bien puede no ocurrir así, cuando por ejemplo, se transige sobre un derecho meramente dudoso, caso en el cual la transacción es excluyente de cualquier juicio. Además –según Colmo–, ese efecto lo tiene cualquier otro medio extintivo: el deudor demandado paga o reconoce lisamente el derecho, o bien el actor renuncia a la acción, etc., no quedando nada, entonces, de privativo para la transacción en punto a su soñada autoridad de cosa juzgada.

En relación con las diferencias y semejanzas entre la transacción y la sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, De Gásperi<sup>(82)</sup> estima que limitados a estos efectos la asimilación legal de la transacción a la cosa juzgada acontece con el artículo 1030 del Código Civil del Brasil, 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 y Baudry-Lacantinerie y Wahl, hay entre ellas más desemejanzas 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.

---

(82) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Páginas 232 a 234.

A entender de De Gásperi, las diferencias entre ambas son más numerosas, anotando las siguientes: 1° las sentencias que deciden diversas cuestiones pueden ser modificadas en parte y subsistir por el resto, al paso que la transacción, por ser indivisible, como está dispuesto por el artículo 834 del Código Civil Argentino, anulada que sea en parte, queda anulada en el todo; 2° sus formas son distintas; 3° las sentencias sólo pueden ser dictadas cuando se da una controversia ya nacida, mientras que la transacción puede ajustarse para precaver un eventual litigio; 4° las sentencias no pueden ser atacadas por vicio del consentimiento, al paso que la transacción puede ser anulada por estas causas, como está prevenido por el artículo 857 del Código Civil Argentino; 5° la transacción es atacable por acción de nulidad y las sentencias sólo por los recursos instituidos por el procedimiento.

Mas de todas estas diferencias, De Gásperi estima como la más importante a la establecida por razón de la fuerza ejecutoria, negada en todos los casos de transacción, por Pont, y sólo en el caso de no revestir una forma auténtica, por Guillouard y Baudry-Lacantinerie y Wahl.

También recuerda el maestro paraguayo que la jurisprudencia argentina no es uniforme acerca de este punto, pues supuestos hay en los cuales ella ha decidido que no es aplicable a la transacción el procedimiento de la ejecución de sentencia y otros en los que ha resuelto que el cumplimiento de la transacción debe perseguirse por los trámites que el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales establece para el cumplimiento de las sentencias.

Juzga Alsina –según relata De Gásperi– que, sustituyendo la transacción a la sentencia, le son aplicables las reglas establecidas para la ejecución de las mismas y que su cumplimiento debe gestionarse por el procedimiento prescrito para las sentencias en juicio ordinario, pero Jofré niega a la transacción naturaleza de sentencia.

Considera De Gásperi que no menos confusa es la opinión de la doctrina. Así, Colmo niega a la transacción el **imperium** de que las sentencias están revestidas y Lafaille pretende que la

equiparación de la transacción a la cosa juzgada debe quedar reducida al solo efecto de poner fin a un pleito.

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.

De Gásperi, por el contrario, entiende que mientras no sea borrada del artículo 850 la expresión “autoridad de la cosa juzgada”, habrá que reconocer a la transacción el **imperium** que Colmo le niega, y permitir su ejecución coactiva en caso de incumplimiento por una de las partes, porque de admitir que ésta pueda oponerle excepciones derivadas de causas anteriores a ella, se estimularía la renovación del pleito y el fin de su instituto quedaría frustrado por obra de la misma ley.

Señala De Gásperi que en la redacción del artículo 1030 del Código Civil del Brasil se ha tenido el cuidado de no emplear aquella expresión; éste se limita a decir que: “La transacción produce, entre las partes, los efectos de la cosa juzgada”. Es notoria la diferencia con el artículo 850 del Código de Vélez Sarsfield.

Apunta De Gásperi que, en Derecho Francés, la transacción carece de fuerza ejecutoria sólo en el caso de no revestir la forma auténtica, lo que no puede acontecer en el Derecho Argentino, en el cual siempre que por ella se dirima un litigio ya iniciado, es un acto formal, en que la forma es consubstancial con la voluntad de transigir y por tanto instituida **ad solemnitatem**; y si a esto se agrega que en la práctica no se limitan las partes a presentar la transacción al juez, sino que le piden su aprobación para su mayor fuerza y validez, y el auto aprobatorio dictado a raíz de esta solicitud es inapelable, por no haber recursos contra él, obvio es que lo ejecutado es esta decisión donde se homologa la substancia del acto de que se trata.

Salvat<sup>(83)</sup> 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 modernos 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 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. 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 senten-

---

(83) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 251 y 252.

cias 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.

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.

Pero agrega Salvat que, sea como sea, para que la excepción de transacción pueda prosperar, es necesario el concurso de dos condiciones, análogas a las que exige la cosa juzgada: 1° que la nueva cuestión sea la misma que había sido transigida (identidad del objeto); 2° que la cuestión se plantee entre las mismas personas, actuando en la misma calidad (identidad de personas).

En este sentido, las consecuencias derivadas de la necesidad de que concurren los requisitos de identidad de objeto y de sujetos se obtienen asimismo por aplicación del carácter típico de la transacción, de ser de interpretación restrictiva. Así, los efectos de la transacción no se extenderían a quienes no fueran parte en ella, ni afectará bienes o situaciones no consideradas expresamente, sin necesidad de exigir identidad de objeto y de sujetos, por virtud de la interpretación restrictiva impuesta en el artículo 835.

Rezzónico<sup>(84)</sup> piensa que la transacción tiene para las partes

---

(84) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Página 1030.

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<sup>(85)</sup>, el artículo 850 del 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 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.

Cabe destacar –según Cazeaux y Trigo Represas– que por estos motivos, muy probablemente, buena parte de la doctrina argentina –Lafaille, Salvat, Galli, Borda, Llambías, entre otros– no incluyen a la presente nota entre los caracteres específicos de la transacción; sin perjuicio de considerar el tema al tratar de los efectos de la transacción. Esto quiere decir que la transacción no permite la revisión judicial (pues podría ser –de quererlo las dos partes– extrajudicial) del asunto sobre el cual se ha transigido.

---

(85) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 336.

Debe señalarse 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**, bajo comentario. 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 comprometiera a entregar a la otra un vehículo; y que la entrega de dicho vehículo no se produzca (se ineficace 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 la misma, 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.

Larenz<sup>(86)</sup> 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 la misma 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

---

(86) LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Páginas 140 y 141.

de base (subjética) 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.

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

(1) *Anulación de la transacción por incapacidad relativa del agente.*

Se trata del supuesto contemplado en el artículo 221, inciso 1, del Código Civil Peruano, norma que establece 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.

(2) *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 unánime en favor de la anulación de la transacción por error, lo cual es el tratamiento usual a cualquier acto jurídico que adolezca de este vicio.

Troplong<sup>(87)</sup>, 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<sup>(88)</sup>.

---

(87) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 651.

(88) 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 único propietario 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 (TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 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 supo-

(3) *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.

---

nerlo válido, una parte transige en sus efectos. Esta transacción – según Troplong– es buena, no habría cómo obtener su nulidad.

Troplong relata que una sentencia del Tribunal de Casación del 24 de marzo de 1807 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 habría creído liberar a aquellos que habían cometido este error en sus consentimientos.

Luego Troplong (TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 653 y 654.) se pregunta si el error de hecho vicia la transacción. Piensa que generalmente no, pero también estima que no siempre se le debe considerar de manera absoluta. **“Quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. Nam si lis fuit, hoc ipsum quod a lite disceditur causa videtur esse”**, decía el jurisconsulto Paulo, en decisión que es muy importante, y que Troplong trata de desarrollar en su pensamiento. En primer lugar, hay que suponer que éste que se compromete a dar algo por una transacción no debe nada en realidad. Según la interpretación de Accuourse, el sentido de estas palabras es: **licet res nulla media fuerit** y, entonces, aunque lo que se pagó sin ser debido generalmente esté sujeto a repetición, se dará la transacción; pues esta transacción tiene una causa legítima: **causa videtur esse**. Basta con que haya habido una duda sobre la cosa pretendida, mas no debida, circunstancia que sirve de base –según Troplong– para la transacción, es decir, para el convenio por el cual se flexibiliza un debate. Estima el citado profesor, que en la transacción la materia es mucho menos una cosa debida que una cosa dudosa.

Es porque el error de hecho, según el cual se considera válido un título extinto, anulado, revocado, etc., es también una causa de rescisión de la transacción, así como el error causado por las piezas distorsionadas, o por ignorar las partes acerca de la nulidad de la

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

Anota Troplong<sup>(89)</sup> que se puede dar la rescisión de la transacción si se presenta error sobre la persona, como sería el caso de *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 éste 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

---

existencia de un proceso y, finalmente –según Troplong–, porque la ley dispone que se puede volver a hablar de una transacción cuyo objeto estaba comprobado entre las partes sólo en ignorancia de piezas encontradas desde entonces.

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.

Esto, en lo que concierne al error de derecho y al error de hecho. Escribe Troplong (TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII (Du Cautionnement et Des Transactions), Página 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 precisar el objeto, cuyas partes entienden tratarlo.

(89) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 652 y 663.

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 reanudar a todos los sujetos de querrela 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.

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

- (5) *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<sup>(90)</sup>.

- (6) *Anulación de la transacción por vicio resultante de error esencial sobre la cantidad (**in quantitate**)<sup>(91)</sup>.*
- (7) *Anulación de la transacción por vicio resultante de error en el motivo o falsa causa<sup>(92)</sup>.*
- (8) *Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la naturaleza del acto<sup>(93)</sup>.*
- (9) *Anulación de la transacción por vicio resultante de error en*

---

(90) Causal prevista por la ley peruana en los artículo 221, inciso 2, y 202, inciso 3, del Código Civil.

(91) Esta posibilidad de anular el acto jurídico se contempla en los artículos 221, inciso 2, y 204 del Código Civil.

(92) El sustento legal de esta causa de anulación está constituido por los artículos 221, inciso 2, y 205 del Código Civil.

(93) Esta causa se basa en los artículo 221, inciso 2, y 208 del Código Civil Peruano.

*la declaración, referido al objeto principal de dicha declaración*<sup>(94)</sup>.

- (10) *Anulación de la transacción por vicio resultante de error en la declaración, referido a la identidad de la persona*<sup>(95)</sup>.
- (11) *Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por acción*<sup>(96)</sup>.

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

Al respecto, resulta ilustrativo el ejemplo que señala Troplong<sup>(97)</sup>. 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 éste 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 los cargos que dejaban sin valor al navío, éste último pidió la rescisión de la transacción. Recuerda Troplong que una sentencia de la Corte de Bordeaux, del 2 de abril de 1835, 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,

---

(94) Tal anulación podría plantearse invocando como base legal los artículos 221, inciso 2, y 208 del Código Civil.

(95) La base legal de este supuesto está constituida por los artículos 221, inciso 2, y 208 del Código Civil Peruano.

(96) Se puede anular una transacción por dolo por acción, en virtud por lo dispuesto en los numerales 221, inciso 2, y 210 del Código Civil.

(97) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 659 y 660.

no hay razón para permitir a un adulto de 25 años, quien es Doctor en Derecho y quien realizó la transacción, demandar la rescisión fundamentándose en ignorancia de la ley.

- (12) *Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo por omisión*<sup>(98)</sup>.
- (13) *Anulación de la transacción por vicio resultante de dolo proveniente de un tercero*<sup>(99)</sup>.
- (14) *Anulación de la transacción por vicio resultante de intimidación*<sup>(100)</sup>.
- (15) *Anulación de la transacción por vicio resultante de violencia*<sup>(101)</sup>.
- (16) *Anulación de la transacción por haber sido celebrada con simulación relativa*<sup>(102)</sup>.

---

(98) 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.

(99) 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.”

(100) De acuerdo con 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.

(101) 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.

(102) Al tema resulta aplicable el artículo 191 del Código Civil: “Cuando

- (17) *Anulación de la transacción por mandato legal*<sup>(103)</sup>.
- (18) *Nulidad de la transacción por ausencia de la manifestación de voluntad del agente*<sup>(104)</sup>.
- (19) *Nulidad de la transacción por haberse practicado por persona absolutamente incapaz*<sup>(105)</sup>.
- (20) *Nulidad de la transacción por tener objeto física y/o jurídicamente imposible*<sup>(106)</sup>.
- (21) *Nulidad de la transacción por tener objeto indeterminable*<sup>(107)</sup>.
- (22) *Nulidad de la transacción por tener fin ilícito*<sup>(108)</sup>.

---

las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.” También el numeral 192: “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.

- (103) 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.
- (104) Esta causal tiene fundamento en el artículo 219, inciso 1, del Código Civil Peruano.
- (105) El inciso 2 del artículo 219 del Código Civil establece 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 prescribe que “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.”
- (106) Se basa en el artículo 219, inciso 3, del Código Civil Peruano.
- (107) Tiene como fundamento al artículo 219, inciso 3, **in fine**, del Código Civil.
- (108) Se sustenta en el artículo 219, inciso 4, del Código Civil.

- (23) *Nulidad de la transacción por adolecer de simulación absoluta*<sup>(109)</sup>.
- (24) *Nulidad de la transacción por no revestir la forma prescrita bajo sanción de nulidad*<sup>(110)</sup>.
- (25) *Nulidad de la transacción cuando la ley así lo declare*<sup>(111)</sup>.
- (26) *Nulidad de la transacción cuando sea contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*<sup>(112)</sup>.
- (27) *Rescisión del acto transaccional por existir vicio de lesión*<sup>(113)</sup>.

Consideramos pertinente recordar que Troplong<sup>(114)</sup> 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

- 
- (109) 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.
  - (110) El artículo 219, inciso 6, del Código Civil establece que el 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 numeral, la transacción adolecería de nulidad absoluta.
  - (111) Esta nulidad se basa en el artículo 219, inciso 7, del Código Civil.
  - (112) 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.
  - (113) 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 luego lo veremos.
  - (114) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Páginas 656 y siguientes.

las partes volver a tratar una transacción con el pretexto de lesión. Así, la ley 78, 16, D., **ad senatuso**. Trebellian es formal; 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.

Fue por un mandato de Carlos IX, de abril de 1560, que declara que toda transacción hecha sin dolo ni violencia está al amparo o salvaguarda de la acción de rescisión para cualquier lesión; y los Códigos de nuestra era, señala Troplong<sup>(115)</sup>, ratifican la que él denomina como “sabia jurisprudencia”.

Troplong<sup>(116)</sup> no exceptúa de esta regla ni siquiera a las transacciones que interesan a los menores, con tal de que éstas se hayan hecho en las formas legales, pareciéndole que el artículo 1305 del Código Civil Francés debe estar limitado por la disposición general del artículo respectivo y, por otro lado, la materia de la transacción resiste a los ataques de esta naturaleza, y si se ve en las leyes 1 y 2, C., **Si adversus transactionem**, los menores restituidos contra las transacciones, es porque se trataba de menores que transigen personalmente y reclaman el beneficio de su edad: **propter aetatis auxilium**, pero para esto se supone que la minoría fue cubierta por las autorizaciones de la ley y la intervención del tutor.

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 pre-

---

(115) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 657.

(116) TROPLONG. Op. cit., Tomo XVII, Página 658.

tensiones 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 diversos pareceres de la doctrina que se ha ocupado del mismo, como el Doctor Max Arias-Schreiber<sup>(117)</sup>, quien manifiesta su parecer favorable al texto legal que prohíbe rescindir los contratos de transacción atacados del vicio de lesión.

Por su parte, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle se inclina levemente por el parecer contrario<sup>(118)</sup>.

---

(117) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Op. cit., Tomo I, Páginas 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 venta 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."

(118) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Segunda Parte, Tomo V, Páginas 365 a 367.:

Por nuestra parte, consideramos que un contrato viciado de lesión sí debería poder rescindirse, incluso si se tratara de una transacción, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1455, inciso 1, del Código Civil Peruano.

---

“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.

Pensamos que sería válida la prohibición de rescindir una transacción viciada de lesión si este vicio sólo estuviese configurado por el elemento objetivo de la desproporción en el valor de las prestaciones, ya que la razón de ser de la transacción no estriba en la equiparidad de las concesiones recíprocas, sino en sortear, de común acuerdo, la dificultad en que se entramparon las partes. En estos casos, permitir que se pueda interponer una acción por lesión sería entorpecer el objetivo mismo de la transacción, que es –precisamente– evitar un pleito o finalizar el ya iniciado. La agilidad y fluidez obtenida se perderían. Sería como borrar con una mano lo que se escribió con la otra. En este caso sería más útil y menos oneroso para las partes ir a juicio que transigir.

Sin embargo, ¿qué ocurre en el caso de demostrarse que una de las partes se aprovechó del estado de necesidad de la otra, forzando un acuerdo nada equitativo? ¿qué ocurre en un caso de mala fe?

Reconocemos que sería cuestionable rescindir la transacción en lo que respecta a su carácter objetivo, pero pensamos que resultaría prudente manifestarnos a favor de la misma si se presentaran los elementos subjetivos a que hemos hecho referencia.

(28) *Rescisión del acto transaccional por ser ajeno uno de los bienes materia de la transacción.*

Si uno de los bienes materia de la transacción tuviese el carácter de ajeno, vale decir, que no perteneciera a la parte

---

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 necesidad. No creo que deba ampararse una transacción celebrada en estas condiciones. Convento, 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.”

que se obliga a transferir su propiedad en aras de solucionar el asunto dudoso o litigioso, dicha transacción sería rescindible por aplicación analógica de 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 adquiriera el bien, antes de la citación con la demanda.”).

- (29) *Rescisión del acto transaccional por ser parcialmente ajeno uno de los bienes materia de la transacción*<sup>(119)</sup>.
- (30) *Rescisión del acto transaccional si el mismo implica o incluye 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.”

- (31) *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.

- (32) *Resolución de la transacción por incumplimiento.*

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1302 del Código Civil, con las concesiones recíprocas materia de la transacción también se

---

(119) En este aspecto, resulta pertinente citar al 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.”

pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas 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<sup>(120)</sup>).

(33) *Resolución por excesiva onerosidad de la prestación.*

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<sup>(121)</sup>.

---

(120) **Artículo 337** (del Código Procesal Civil).— “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.”

(121) Los textos de los artículos 1440 y 1441 del Código Civil son los que consignamos a continuación:

**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.

- (34) *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).

- (35) *Resolución del acto transaccional por existir un vicio oculto*<sup>(122)</sup>.

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

No cabe la menor duda de que una transacción resultaría susceptible de resolverse si se presentara algún supuesto especial –no mencionado en la relación que antecede–, el mismo que hubiera sido previsto por las partes en el acto de

---

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.”

**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.”

- (122) De acuerdo con 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 que “El adquirente puede pedir, en razón al saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato.”

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.

– ***Diferencias y semejanzas entre la transacción y otras figuras jurídicas.***

(a) *Transacción y sentencia.*

Para Lafaille<sup>(123)</sup>, 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.

Rezzónico<sup>(124)</sup> 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.

Recuerda que al respecto preceptúa el artículo 836 del Código Civil Argentino: “Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen el objeto de las di-

---

(123) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Tomo IV, Volumen I, Páginas 400 y 401.

(124) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Páginas 1029 y 1030.

ferencias sobre que ella interviene. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni forma un título propio en qué fundar la prescripción.”

Opina Rezzónico que ello significa, como expresa Colmo, que “quien se queda con el derecho litigioso o dudoso, por efecto de una transacción, no lo recibe de su contraparte, pues ésta no lo ha renunciado en su favor, sino que se ha limitado a decir, a declarar, que lo reconoce como propio de aquélla. No teniendo, pues, el favorecido, derecho alguno de su contrario, que tampoco se lo transmite, mal puede estar obligado el segundo a garantizar un derecho que jamás ha tenido ni transferido, pues la evicción (la redhibición, en su caso) sólo es concebible en los actos de transmisión, como se dispone en el artículo 2089 y siguientes. De ahí la consecuencia forzosa del inciso 2° del mismo artículo 836, repetido en los artículos 854 y 2115; y de ahí, también, la otra consecuencia contenida en ese mismo inciso: el favorecido no es un sucesor del contrario, por donde mal puede invocar en su favor las circunstancias de prescripción (posesión, tiempo, etc.) que a éste habría correspondido si se hubiera quedado con la cosa”.

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 sólo 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 que conoce del asunto materia de la transacción, pero no debe confundirse la transacción con la sentencia o con el laudo, por más que éstos 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 tanto, características meramente declarativas y no constitutivas de derechos.

(b) *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 la “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 misma que, como es evidente, muy improbablemente iba a ser favorable a las pretensiones de aquel que ofreciera dicho juramento decisorio).

Las diferencias entre el juramento decisorio y la transacción son ostensibles, en la medida 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.

(c) *Transacción y compromiso arbitral.*

En el “compromiso”, por más que intervienen todas las voluntades en juego, no se pone fin a la controversia, sino solamente se designan jueces privados, en sustitución de la vía jurisdiccional.

Precisa Levenhagen<sup>(125)</sup> que, según definición de Clóvis Beviláqua, compromiso 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 compromiso 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 compromiso no elimina el litigio, sólo sustituye la jurisdicción ordinaria, por una excepcional. Pero también hay afinidad entre compromiso 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 compromiso como contrato, un ejemplo de lo que ocurre con la transacción. Recuerda Levenhagen que en el Derecho de su país no se tiene a la transacción como contrato y tampoco se considera como tal al compromiso<sup>(126)</sup>.

---

(125) LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. Op. cit., Páginas 171 a 173.

(126) Expresa Levenhagen que el compromiso es un acuerdo de voluntades para un determinado fin y la forma de realización de ese fin pertenece al Derecho Objetivo Procesal, tomando la denominación de juicio arbitral. Es, por tanto, el compromiso, en la sistemática del Derecho Brasileño, un nuevo acto jurídico que tiene por fin extinguir obligaciones, concretándose ese acto procesalmente, por vía del juicio especial para ello instituido, que es el juicio arbitral.

Según Levenhagen<sup>(127)</sup>, otro punto que también no trae ninguna duda es el relativo a la oportunidad de opción por el juicio arbitral, toda vez que el artículo 1037 del Código Civil Brasileño es bastante claro cuando dice que las personas capaces podrán en cualquier momento ventilar sus problemas ante árbitros. Así, por tanto, los litigantes pueden renunciar a la jurisdicción ordinaria en cualquier fase del proceso, como también pueden inicialmente optar por el juicio arbitral, renunciando **in limine** a la jurisdicción

---

Señala que, disponiendo sobre las normas que reglamentan el compromiso, el Código de su país preceptúa inicialmente en el artículo 1037 que las personas capaces de contratar podrán, en cualquier tiempo, ventilar sus problemas mediante compromiso escrito, en árbitros, que les resuelvan sus pleitos judiciales o extrajudiciales.

Como se deduce del artículo –dice Levenhagen–, el Código Brasileño no establece ninguna restricción sobre los que pueden recurrir al juicio arbitral. “Toda persona capaz de contratar”, reza el Código, estando, por tanto, incluida cualquier persona, sea natural o jurídica. Lo que resulta necesario es que las personas tengan capacidad legal para contratar, bastando establecer que el compromiso implica una renuncia. Los compromitentes renuncian a la jurisdicción legal ordinaria, aceptando la arbitral, que es una jurisdicción excepcional.

- (127) Recuerda también Levenhagen que el Código de Proceso Civil del Brasil, en perfecta concordancia con las normas dictadas por el Código Civil, dispone, al tratar del juicio arbitral –en el artículo 1072–, que las personas capaces de contratar podrán ventilar sus asuntos mediante compromiso escrito, en órbitas que les resuelvan los pleitos judiciales o extrajudiciales de cualquier valor, concernientes a derechos patrimoniales sobre los cuales la ley admita transacción. Dentro de tal orden de ideas, a decir de Levenhagen, con respecto a las cuestiones susceptibles de ser sometidas a decisión arbitral, el Código Civil Brasileño, en el artículo 1037, parece no hacer restricciones, mas el artículo 1048 dispone que al compromiso se aplicará, en cuanto sea posible, lo dispuesto acerca de la transacción. Estima el citado profesor que más claro y más expreso es el Código de Proceso Civil, que como vimos en el artículo 1072, dispone que cabe el compromiso en los pleitos judiciales o extrajudiciales de cualquier valor, concernientes a derechos patrimoniales sobre los cuales la ley admite transacción, tal como los artículos 1026 (sobre nulidad de las cláusulas), 1027 (sobre interpretación restrictiva del acto), 1033 (sobre las obligaciones resultantes de delitos) y 1035 (sobre la restricción de los derechos patrimoniales de carácter privado).

ordinaria. Una exigencia expresa que da la ley brasileña es que la constitución del juicio arbitral sea hecha por escrito, esto es, las partes deben comprometerse por escrito que someten su pleito a la decisión de árbitros, no importando si el pleito ya estaba **sub judice**, o si se trata de cuestión extrajudicial.

En opinión muestra la transacción difiere sustancialmente del compromiso arbitral, ya que, cuando las partes celebran una transacción, tienen plena conciencia de cuáles son los derechos que cede cada una de ellas en favor de la otra. En cambio, cuando ambas partes someten a arbitraje un asunto de carácter dudoso, con la finalidad de que un tribunal arbitral solucione dicha controversia, no conocen por anticipado cuál será la decisión (laudo) que expida dicho tribunal.

Sin embargo, la transacción y el compromiso arbitral tienen similitud en un aspecto, el referido a que, si existe un asunto controversial entre dos partes y ambas acuerdan someter su decisión a un laudo expedido por un tribunal arbitral, ya 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.

(d) *Transacción y confirmación.*

La transacción no es ni una confirmación<sup>(128)</sup> ni una ratificación (que es un negocio unilateral, sin concesiones recíprocas ni concurso plural de voluntades).

---

(128) 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

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).

(e) *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 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, dicha renuncia debe tener carácter bilateral. Si la renuncia a los derechos fuese unilateral no estaríamos en presencia de una transacción, sino de una condonación total o parcial, dependiendo de cuál sea su magnitud.

(f) *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 espí-

---

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.”

ritu de liberalidad (**animus donandi**), en tanto que en la transacción este elemento no existe, pues ambas partes actúan en función de su propio interés.

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 que 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 solo un escueto comentario.

(g) *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 jamás 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.

(h) *Transacción y mutuo disenso.*

La transacción es un medio no sólo extintivo de obligaciones, ya que también puede ser modificatorio, regulatorio o creador de las mismas, 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 tiene relevancia dentro del De-

recho 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 el mismo 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.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1302.***

La transacción registra, entre otras, las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “La estipulación que a mérito de un pacto de cuota-litis acuerda una de las partes con su abogado de no desistirse de la acción ni transigir el juicio, no enerva ni impide la transacción que aquella celebre.” Anales Judiciales, 1909, Página 256. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

II.- “La esencia de la transacción consiste en que se decida punto dudoso o litigioso y que las partes se prometan, cedan o den algo: no existe similitud entre el mero acto unilateral de pago, mediante el cual el deudor cumple su obligación, y el contrato bilateral de transacción, que exige concesiones y compensaciones recíprocas.” Ejecutoria del 10 de diciembre de 1926. Revista del Foro, 1927, Página 67. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

III.- “Produciendo la transacción los efectos de cosa juzgada, una vez perfeccionada no puede anularse en forma incidental.” Ejecutoria del 2 de junio de 1930. Fiscal: Doctor Araujo Alvarez. Diario “La Prensa”, 5 de junio de 1930. (Artículo 1314 del Código Civil de 1936).

IV.- “Es condición para la validez de las transacciones que las cosas sobre las cuales se transige sean dudosas o litigiosas: es nula la transacción celebrada por un apoderado con dicha infracción.” Ejecutoria del 23 de septiembre de 1935. Revista de los Tribunales, Página 333. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

V.- “Es nula la transacción sobre pensiones alimenticias.” Ejecutoria del 11 de septiembre de 1944. Revista de Jurisprudencia Peruana, 1945, Página 92. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

VI.- “El derecho de pedir alimentos no puede ser objeto de renuncia, de transacción ni de compensación.” Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 38 y 39, 1947, Página 209. (Artículos 1295, inciso 2, y 1307 del Código Civil de 1936).

VII.- “Habiendo terminado el juicio por sentencia que debe cumplirse no puede haber transacción.” Ejecutoria del 20 de mayo de 1947. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 42 y 43, 1947, Página 450. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

VIII.- “Carece de valor la transacción celebrada dentro de un juicio que tiene por objeto reclamar la indemnización pactada para el caso de que uno de los promitentes se niegue a cumplir la promesa de matrimonio, debiendo declararse sin lugar la misma demanda dirigida a que se cumpla la promesa o se pague la indemnización.” Ejecutoria del 1 de julio de 1953. Normas Legales, Número 19, 1953, Página 337. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

IX.- “Es nula la transacción celebrada entre marido y mujer, en un juicio de alimentos, así sea ratificada por escritura pública, referente a un bien adquirido durante el matrimonio e inscrito en el Registro Público como bien común, porque se trata de un pacto

entre cónyuges vigente la sociedad legal de bienes.” Revista del Foro, 1955, Número 2, Página 399. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

X.- “Estando acreditado que el presunto padre ha vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción y que la hija ha tenido el estado constante de hija ilegítima del demandado, procede la declaración judicial de paternidad. Es nula la cláusula testamentaria en la que no se instituye como heredero al hijo cuya filiación ilegítima se declara judicialmente. Es igualmente nula la transacción celebrada sobre derechos familiares.” Ejecutoria del 1 de abril de 1957. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 161, 1957, Página 664. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XI.- “El incumplimiento por el deudor del acuerdo transaccional faculta al acreedor para que exija el cumplimiento de la obligación en la forma primitivamente estipulada. La consignación notificada al acreedor después de haber demandado el cumplimiento de la obligación, no hace desaparecer la mora del deudor.” Ejecutoria del 7 de junio de 1957. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 162, 1957, Página 794. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XII.- “Es válida la transacción celebrada sobre el monto de la pensión alimenticia. La reanudación de la vida en común con posterioridad a la celebración de una transacción sobre alimentos, deja sin efecto a ésta. Es nula la sentencia en cuanto señala alimentos para quienes no habían sido demandados.” Ejecutoria del 14 de mayo de 1962. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 234, 1963, Página 1052. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XIII.- “La transacción pone término al juicio en forma definitiva e irreversible. El mero incumplimiento del convenio transaccional no acarrea su nulidad, ni da lugar a la prosecución del juicio desde el estado en que aquélla se celebró, sino que autoriza únicamente a pedir su cumplimiento por los trámites prescritos por el Código de Procedimientos Civiles para la ejecución de sentencias.” Ejecutoria del 21 de septiembre de 1970. Revista de Juris-

prudencia Peruana, Número 321, 1970, Página 1218. (Artículos 1307 del Código Civil de 1936 y 1312 del Código Civil de 1984).

XIV.- “No procede promover en vía de acción la nulidad del procedimiento ni de los actos o negocios jurídicos procesales. La vía incidental está precisamente establecida para el planteamiento, debate y resolución de las cuestiones que afectan la validez del proceso. La transacción que pone fin al pleito constituye un negocio jurídico procesal cuya nulidad debe intentarse como incidente del juicio en que se le hizo valer.” Ejecutoria del 21 de septiembre de 1970. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 321, 1970, Página 1219. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XV.- “El endoso ‘en procuración’ o ‘en cobranza’ no transfiere la propiedad del título, por lo que no limita el derecho del legítimo propietario para transigir.” Ejecutoria del 12 de agosto de 1971. Normas Legales, Número 61, 1971, Página 554. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XVI.- “La ejecución de un acuerdo transaccional equivale a la ejecución de una sentencia y por ello el juez está prohibido de admitir recurso alguno que la entorpezca.” Ejecutoria del 27 de agosto de 1971. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 334, 1971, Página 1380. (Artículos 1307 del Código Civil de 1936 y 1312 del Código Civil de 1984).

XVII.- “Es válida la transacción aprobada en un juicio de alimentos cuando incide sobre el monto de la pensión y no sobre el derecho alimentario.” Ejecutoria del 24 de marzo de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 338, 1972, Página 340. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XVIII.- “La intervención directa de un menor de edad en un juicio, no es causal de nulidad de lo actuado, si continúa haciéndolo después de alcanzar su mayoría, sin cuestionar la validez del procedimiento. La transacción celebrada sin observar las formalidades legales constituye un comprobante de pago.” Ejecutoria del 27 de diciembre de 1973. Revista de Jurisprudencia Peruana, Nú-

mero 360, 1976, Página 39. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XIX.- “El acuerdo sobre la pensión alimenticia entre demandante y demandado debe efectuarse con aprobación del juez en la audiencia que prescribe el Decreto Ley 20177.” Ejecutoria del 19 de septiembre de 1974. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 369, 1974, Página 1231. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XX.- “Es nula la sentencia dictada con posterioridad a la transacción celebrada por los litigantes, que no da por transigido el pleito.” Ejecutoria del 8 de agosto de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 381, 1975, Página 1117. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XXI.- “La apelación concedida en ambos efectos no suspende la jurisdicción del juez para aprobar la transacción a que hubiesen arribado las partes. La transacción que da por terminada la controversia, no deja nada pendiente de resolución.” Ejecutoria del 3 de diciembre de 1975. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 384, 1976, Página 76. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XXII.- “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. En el presente caso no se trata de una transacción, por lo que no es aplicable al caso la regla de los artículos 1307 y 1308 del Código Civil.” Ejecutoria del 4 de noviembre de 1976. Normas Legales, Número 82, 1977, Página 370. (Artículos 1307 y 1308 del Código Civil de 1936 y 1304 del Código Civil de 1984).

XXIII.- “El artículo 454 del Código Civil impide la transacción sobre el derecho a los alimentos pero no sobre el monto de los mismos. La transacción aprobada por el juzgado, previa legalización de las firmas de los litigantes, extingue el juicio, sin que sea indispensable la expedición de sentencia. Es improcedente el desistimiento unilateral de la transacción para revivir el procedimien-

to.” Ejecutoria del 3 de marzo de 1977. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 397, 1977, Página 222. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XXIV.- “La transacción pone fin al proceso, no pudiendo reclamarse lo que no se pactó en ella.” Ejecutoria del 8 de mayo de 1978. Normas Legales, Número 90, 1978, Página 487. (Artículo 1304 del Código Civil de 1984).

XXV.- “Procede la transacción en los juicios de alimentos, cuando ésta se refiere sólo al monto.” Ejecutoria del 27 de julio de 1981. Diario Oficial “El Peruano”, Número 12410, 17 de agosto de 1981. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

XXVI.- “En el proceso de alimentos, la renuncia o transacción en ningún caso puede causar ejecutoria, por ser éste un derecho irrenunciable, no pudiendo ser objeto, además, de transacción ni de compensación, tal como lo establece el artículo 454 del Código Civil. Es fundada la demanda de separación de bienes cuando el marido desatiende las obligaciones que le impone el numeral 164, concordante con el inciso 1 del artículo 241 del Código sustantivo.” Ejecutoria del 28 de febrero de 1983. Diario Oficial “El Peruano”, Número 13327, 19 de diciembre de 1983. (Artículos 1295 y 1307 del Código Civil de 1936 y 1290 del Código Civil de 1984).

XXVII.- “El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable, conforme lo dispone el artículo 487 del Código Civil.” Ejecutoria del 10 de marzo de 1987. Diario Oficial “El Peruano”, Número 14891, 20 de marzo de 1988. (Artículos 1294 y 1307 del Código Civil de 1936 y 1288 del Código Civil de 1984).

– **Concordancias nacionales.**

Contenido de la transacción, artículo 1303 del Código Civil /  
Forma de la transacción, artículo 1304 del Código Civil / Objeto  
de la transacción, artículo 1305 del Código Civil / Transacción so-

bre responsabilidad civil, artículo 1306 del Código Civil / Indivisi-  
bilidad de la transacción, artículo 1310 del Código Civil / Ejecución  
de la transacción, artículo 1312 del Código Civil / Improcedencia  
de la acción por lesión, artículo 1455 del Código Civil / Homologa-  
ción de la transacción, artículo 337 del Código Procesal Civil /  
Normatividad supletoria, artículo 338 del Código Procesal Civil /  
Títulos ejecutivos, artículo 693 del Código Procesal Civil / Obliga-  
ción de los liquidadores, artículo 372, inciso 6, de la Ley General  
de Sociedades.



– **NECESIDAD DE QUE LA TRANSACCION CONTENGA RENUNCIA EXPRESA DE CUALQUIER ACCION 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.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1303.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* trataba la materia en el artículo 1391: “Las transacciones se circunscriben a sus objetos; la renunciación que se hace en 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 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 quieran imponerse los que transigen.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, establecía sobre el particular, en el numeral 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: 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 el tema 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 numeral 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 A/-

ternativa de la Ponencia del Doctor 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 numeral 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.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1303 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Guatemalteco de 1973 (artículo 2154) y Español (artículo 1815, segundo párrafo).

#### – **Análisis.**

Esta norma tiene su antecedente directo en el artículo 1309 del Código Civil de 1936<sup>(1)</sup>, al cual, a su vez, lo precede el numeral 1704 del Código Civil de 1852.

---

(1) Este artículo, como ha sido anotado, señalaba que la transacción debía contener las circunstancias del convenio, además de la re-

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.

Ahora bien, el sentido del artículo bajo comentario resulta evidente, tomando como punto de partida la finalidad de la transacción, su razón de ser. Esta es, como sabemos, no reabrir el asunto que dejó de ser controvertido, dudoso o litigioso. Terminar el pleito judicial 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

---

nuncia de los contratantes a cualquier acción sobre el objeto materia de la transacción. Nuestro Código actual suprimió el requisito respecto a las circunstancias del convenio, porque los legisladores lo consideraron sobreentendido y, por tanto, innecesario.

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 la discusión, que un verdadero imperativo legal.

Además, puesto que habiendo impuesto la ley una forma, 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<sup>(2)</sup>.

Por ello, ante la posible interrogante respecto a lo que podría ocurrir si al celebrarse una transacción las partes no expresaren 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 (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.

#### **- Concordancias nacionales.**

Acto jurídico, artículo 140 del Código Civil / Manifestación de voluntad, artículo 141 del Código Civil / Forma del acto jurídico, artículo 144 del Código Civil.

---

(2) **Artículo 144** (del Código Civil).- “Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.”



– **FORMA DE LA TRANSACCION.**

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

– **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.

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, 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 sobre la materia 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 el Doctor 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*, lo hacía en el numeral 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 del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, legislaba sobre el particular en el numeral 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 artículo 1271 del *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*: “La transacción debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, o por petición al juez que conoce del litigio.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1304 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Uruguayo (artículo 2147, segundo párrafo), el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2190), el Anteproyecto Llamblás de 1954 (artículo 223 – la transacción debe hacerse por escrito, pero si recayese sobre derechos en litigio, sólo producirá efectos a partir de la presentación del instrumento firmado por los interesados, en los autos judiciales respectivos–), y el Código Civil Argentino (artículos 837: la validez de las transacciones no está sujeta a observancia de formalidades extrínsecas, está subordinada a las disposiciones de prueba de los contratos; y 838: si el asunto es ya litigioso no se podrá hacer válidamente sino presentándolo al juez de la causa).

Adicionalmente, podemos mencionar a los Códigos Civiles Guatemalteco de 1973 (artículo 2169 –hace referencia a la transacción por escrito, sea en escritura pública o documento privado legalizado por notario o por acta judicial o pidiendo al juez, cuyas firmas estén autenticadas por notario; pero no hace mención a la sanción de nulidad–), y Brasileño (artículo 1028 –establece que si la transacción recae sobre derechos contestados en

juicio, se hace: 1) por escrito en los autos firmado por los transigentes y homologado por el juez y 2) por escritura pública en las obligaciones en que la ley lo exige, o privadamente cuando ella lo admita—).

### – **Análisis.**

De acuerdo con su formación, los contratos pueden ser consensuales<sup>(1)</sup>, formales<sup>(2)</sup> o reales<sup>(3)</sup>.

La transacción es un contrato formal, ya que la ley le impone una forma, 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 la transacción judicial. Esto no obsta, naturalmente, para que, existiendo juicio, 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**),

- 
- (1) Los contratos consensuales son aquellos que para su celebración sólo requieren del consentimiento de las partes.
  - (2) 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.
  - (3) Los contratos reales son aquellos que además del consentimiento de las partes, requieren de la entrega de un bien (por lo general de 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.

como puede apreciarse de la lectura del artículo 838 del Código de 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”.

El profesor argentino Héctor Lafaille<sup>(4)</sup> 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 aquella.

Resulta interesante observar cómo 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 obliga-

---

(4) LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones, Páginas 370 y 371.

ción 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 B.G.B., 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<sup>(5)</sup>.

En nuestro Derecho, la solución del artículo 1304 del Código de 1984, bajo comentario, contrasta con la del numeral 1123 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, el mismo 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 señalada por la otra parte antes de la transacción<sup>(6)</sup>, 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 respecto de si la formalidad exigida por el Código Civil de 1936, respecto

---

(5) Discrepando con esta posición, el profesor alemán Karl Larenz (LARENZ, Karl. Op. cit., Tomo I, Páginas 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 unitario” en el sentido del artículo 319 del B.G.B. 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.

(6) Hay un singular pero apropiado refrán popular que dice: “la lavada cuesta más que la camisa”.

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**<sup>(7)</sup> 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 tiene por objeto decidir los asuntos dudosos o litigiosos suscitados entre las partes contratantes, haciéndose concesiones recíprocas. Por ejemplo, el Doctor José León Barandiarán<sup>(8)</sup> 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<sup>(9)</sup>.

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.

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.

---

(7) Confróntese el artículo 1308 del Código Civil de 1936.

(8) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Páginas 536 y 564.

(9) 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”.

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<sup>(10)</sup>.

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<sup>(11)</sup>, 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 500.00 soles (artículo 1585); en el depósito de cosas cuyo valor excedía de 500.00 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.

Se admitía asimismo la existencia de la sociedad de hecho, sobre la base de la prueba escrita; así como del mutuo y del de-

---

(10) Recordemos 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 **inter vivos** o **mortis causa**, requieren de una aceptación.

(11) 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).

pósito, 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 celebraban con el simple acuerdo de voluntades. Podemos concluir, por esas 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<sup>(12)</sup>.

Debemos referirnos, también, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. La 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

---

(12) 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.

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.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1304.***

En relación con la forma de la transacción, resulta de interés mencionar, en adición a la ya citada del 10 de enero de 1942, las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “Debe considerarse como retractación de la transacción judicial, la negativa de una de las partes a legalizar su firma del recurso presentado: no procede al respecto apremio alguno.” Ejecutoria del 17 de julio de 1926. “La Prensa”, 21 de julio de 1926. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

II.- “No produce efectos la transacción informal, ni la concertada por error sobre la cosa que le sirvió de materia.” Ejecutorias del 29 de agosto de 1929. Anales Judiciales, Página 158; y 19 de mayo de 1934. Revista de los Tribunales, Página 154. (Artículos 1308 y 1314 del Código Civil de 1936).

III.- “No produce efecto la transacción judicial que no esté firmada por ambos litigantes y, en el caso en que tengan intereses menores, si no se han llenado los requisitos de ley.” Ejecutoria del 16 de julio de 1937. Revista de los Tribunales, Página 345. (Artículos 1308 y 1312 del Código Civil de 1936).

IV.- “No habiéndose acreditado por el demandado el pago de la suma que se le reclama, procede ordenarle el abono. Si no se prueba que la transacción se perfeccionó haciendo uso de medios reprobados o prohibidos por la Ley, debe declararse la validez de ésta.” Ejecutoria del 20 de junio de 1950. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 79, 1950, Página 949. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

V.- “La transacción celebrada ante una autoridad administrativa del trabajo carece de mérito ejecutivo por no estar aprobada judicialmente.” Revista del Foro, 1953, Página 263. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

VI.- “Es nula la transacción planteada ante el juez respecto de la pensión alimenticia, sin que exista juicio.” Revista del Foro, 1960, Número 3, Página 281. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

VII.- “Validez de la adjudicación en pago de un bien. En este caso dicha obligación no constituye una transacción entre las partes.” Ejecutoria del 9 de junio de 1972. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 341, 1977, Página 736. (Artículos 1276 y 1308 del Código Civil de 1936 y 1266 del Código Civil de 1984).

VIII.- “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. En el presente caso no se trata de una transacción, por lo que no es aplicable al caso la regla de los artículos 1307 y 1308 del Código Civil.” Ejecutoria del 4 de noviembre de 1976. Normas Legales, Número 82, 1977, Página 370. (Artículos 1307 y 1308 del Código Civil de 1936 y 1302 del Código Civil de 1984).

IX.- “La transacción pone fin al proceso, no pudiendo reclamarse lo que no se pactó en ella.” Ejecutoria del 8 de mayo de 1978. Normas Legales, Número 90, 1978, Página 487. (Artículos 1307 y 1308 del Código Civil de 1936 y 1302 del Código Civil de 1984).

X.- “Conforme al artículo 1308 del Código Civil, la transacción debe hacerse por escritura pública o por petición al Juez que conoce la causa.” Ejecutoria del 21 de julio de 1981. “El Peruano”, Número 12446, 3 de agosto de 1981. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

XI.- “La transacción fuera de juicio debe celebrarse mediante escritura pública, de acuerdo con el artículo 1308 del Código Civil. La inobservancia de esa formalidad legal es causante de invalidez, según el inciso 3 del numeral 1123 del propio texto legal.” Ejecutoria del 27 de febrero de 1984. “El Peruano”, Número 13494, 28 de mayo de 1984. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

XII.- “La transacción se hará por escritura pública o por petición al Juez que conoce del litigio. No es nulo el documento que no tenga aquella formalidad, sino que no tendrá efecto legal su contenido.” Ejecutoria del 23 de octubre de 1985. “El Peruano”, Número 14148, 10 de marzo de 1986. (Artículo 1308 del Código Civil de 1936).

XIII.- “La transacción extrajudicial debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, debiendo formularse tanto por medio de documento privado como por escritura pública, exigiéndose su cumplimiento por la vía ejecutiva.” Ejecutoria del 28 de enero de 1987. Normas Legales, Número 154, 1988, Página 522. (Artículos 1307 y 1308 del Código Civil de 1936 y 1312 del Código Civil de 1984).

#### **- *Concordancias nacionales.***

Acto jurídico, artículo 140 del Código Civil / Forma del acto jurídico, artículo 144 del Código Civil / Requisitos de la transacción, artículo 335 del Código Procesal Civil.

– **DERECHOS SOBRE LOS QUE SE PUEDE TRANSIGIR.**

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

– **Fuentes nacionales del artículo 1305.**

Dentro de la legislación colonial, debemos mencionar la Ley de las Siete Partidas, Regla 34, Título XXXIV, Partida Séptima: **“El derecho del parentesco, que ha un ome con otro por razon de sangre, que non se puede toller por postura, nin por ley.”**

El artículo 1305 del Código Civil Peruano de 1984 no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, 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: 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.”; 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: 1o. Sobre herencias testamentarias y sobre legados mientras vive el testador, y hasta que no se abra el testamento, si éste es cerrado; 2o. Sobre validez o nulidad de algún matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor de éste; 3o. Sobre patria potestad, autoridad marital y estado legítimo o natural de familia; 4o. 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; 5o. Sobre bienes de una sociedad o compañía, si el socio que transige no se halla bastante autorizado.”; y 3037: “Lo dispuesto en el inciso 3o. 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.”

El *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, tocaba el punto en el numeral 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 del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba el tema en su artículo 173: “Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción.”; mientras el *Anteproyecto de la Comisión Reformadora, elaborado por Felipe Osterling Parodi, del año 1980*, lo hacía en el numeral 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 el *Proyecto de la Comisión Revisora, del año 1984*, lo hacía en el numeral 1272: “Sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1305 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Brasileño (artículo 1035 – que establece que sólo en cuanto a derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción–), y el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2186, en su segundo párrafo –añadiendo que sobre esos derechos pecuniarios puede transigirse siempre que la transacción no comprenda el estado mismo o el hecho prohibido, pues en caso contrario, será nula por el todo–).

El Anteproyecto Llambías (artículo 222) prescribe que no podrá transigirse sobre derechos que interesen al orden público, ni sobre las relaciones de familia, o facultades o estados derivados de ellas. La transacción podrá recaer sobre derechos patrimoniales subordinados al estado de las personas con tal que no com-

prenda el estado mismo. También podrá transigirse respecto del acto matrimonial, si fuere a favor de su subsistencia.

Por otra parte, el Código Libanés (artículo 1037) dispone que no puede transigirse sobre asuntos públicos o del Estado o sobre derechos personales que no están dentro del comercio; sin embargo, puede transigirse sobre un interés pecuniario resultante de un delito o asunto de Estado.

Este mismo Código agrega (artículo 1039) que aunque su valor sea incierto no pueden transigirse los derechos alimentarios, sino únicamente el modo de prestación de éstos o la forma de pago de los atrasos vencidos.

Resulta de interés observar lo previsto por el Código Libanés respecto a la transacción sobre derechos hereditarios de herencia ya causada. Así, el artículo 1040 señala que puede transarse por una suma inferior a la porción legítima establecida por la ley, sobre los derechos hereditarios ya adquiridos, siempre que las partes conozcan la cuota de la sucesión.

### – **Análisis.**

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.

Sabemos que los derechos extrapatrimoniales no pueden formar parte del contrato<sup>(1)</sup>, encontrándose fuera del comercio de

---

(1) **Artículo 1351.**- “El contrato es el acuerdo de dos o más partes

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 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 sistema jurídico argentino, 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 ser materia de una convención, no pueden ser objeto de transacciones. La doctrina argentina con-

---

para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

sidera conveniente entrar a 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<sup>(2)</sup>, 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.

Posteriormente, al referirse al estado de las personas, expresa que tal estado es la posición jurídica de una persona en el ordenamiento jurídico, pero, en sentido más estricto, es esa posición dentro de la familia; y constituye uno de los llamados “atributos de la personalidad”. En tal orden de ideas, el artículo 845 del Código Civil Argentino, con alcance amplio, dice: “No se puede transigir sobre (...) el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima”; pero estima que el sentido de la norma –de la que debería actualizarse la terminología– puede también entenderse, y hacérselo mediante extensión

---

(2) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 423 y siguientes.

interpretativa, como comprensivo de la nacionalidad de las personas, de su capacidad, etc.

Para Boffi Boggero, el fundamento superior a la potestad privada, a la “autonomía de la voluntad”, explica cabalmente que los particulares no puedan disponer sobre la órbita cubierta por aquel fundamento.

El citado profesor recuerda que las pretensiones de contestación de estado se hallan cubiertas por la misma prohibición, según una doctrina, y que es posible transigir sobre ellas, según otra. Estima que el principio prohibitivo queda intacto en sí, mas deben reconocerse excepciones expresas que, en su respectiva medida, colocan esos casos de estado dentro del principio más amplio que autoriza la transacción sobre todos los derechos y todas las obligaciones; pero –se pregunta–, qué acontece si la transacción versa sobre el aspecto “patrimonial” del estado; estimando que el artículo 846 del Código de su país responde afirmativa y terminantemente: “La transacción –dice– es permitida sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea contestado, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella”, norma que recoge, por tanto, una corriente doctrinaria difundida.

Precisa Boffi Boggero que el artículo siguiente del Código Civil Argentino da mayor firmeza al alcance de la posibilidad, ya que le fija un importante límite: “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”; no deseándose, pues, que de modo indirecto pueda transgredirse la prohibición legal, aunque para ello no se exija –cabe añadir– abstención de reconocimiento del estado, pues basta que no se le involucre en la 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 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, etc., 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, etc., 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 los 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<sup>(3)</sup> sostiene, sobre este punto, que, según el texto del artículo 847 del Código de su país (Argentina), el cual establece que, 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. El 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.

---

(3) LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones, Páginas 364 y siguientes.

Recuerda que Troplong, como Aubry y Rau y, en general, la doctrina francesa, admiten una atenuación aparentemente justificada. Enseñan que, cuando la voluntad de las partes se presenta como bien caracterizada en el sentido de separar de una manera categórica y absoluta lo que se refiere al estado civil, de lo relativo al interés pecuniario, no corresponde anular el acto sino en lo referente al primero, ya que el acuerdo sobre el segundo punto no importará transgresión alguna a los principios que ampara el legislador.

Refiere que esta es, igualmente, la conclusión que en la Argentina sostienen tanto Colmo como Salvat, con lo cual el caso –siempre que se cumplan los requisitos expresados– quedaría reducido a una nulidad parcial.

En cambio –a decir de Lafaille–, no sería posible, dados los términos perentorios de la ley, reconocer validez a la transacción cuando el interesado consintiera en que la entrega total del dinero o las prestaciones convenidas fueran sólo en cambio de los intereses pecuniarios y dejaran de aplicarse a la renuncia sobre el estado civil. Opina que, por más que la ley de su país resuelve en tal sentido una situación semejante dentro del artículo 1176, no corresponde la interpretación analógica y la pena debe cumplirse aun en tal hipótesis, por mucho que parezca excesiva. A pesar de todo, considera que no hay que interpretar el artículo 847 del Código de Vélez Sarsfield con un rigorismo absoluto, pues deben encararse simultáneamente los dos puntos de vista en que se ha descompuesto el acto y, si de las circunstancias del mismo resulta que constituye un todo indivisible, la transacción debe anularse en su totalidad<sup>(4)</sup>.

---

(4) Para explicar lo dicho Lafaille señala el ejemplo de una persona que ha renunciado al carácter de hijo que pretendía, a cambio de cierta prestación. Si la otra parte le ha entregado un precio, ha sido para que renuncie. Luego, si se separa la renuncia y se declara nula, no es justo que la otra parte pague el precio. Por lo demás, si se autorizara esta transacción, se abriría la puerta a todo género de simulaciones. En cambio, cuando el acto se desdobra en dos partes, el uno que se refiere a una cosa y el otro que se refiere a

Pero tal disquisición no resulta posible en el Derecho Peruano ni en el Derecho Argentino, pues ambos excluyen expresamente la validez parcial de una transacción, salvo pacto en contrario<sup>(5)</sup>.

Sobre el tema y en cuanto a las consecuencias de una transacción que versare, a la vez, sobre derechos futuros y actuales relacionados con el caso que se plantea, el artículo 1176 del Código Argentino se aparta de la sanción rigurosa establecida en el numeral 847, motivo por el cual debe entenderse que el acto sería válido siempre que el sujeto en cuyo provecho se ha realizado

---

otra, no hay motivo para que la nulidad se extienda más allá de la finalidad de la ley.

Luego el citado profesor se refiere a las cosas fuera del comercio. Según el artículo 844 del Código Argentino, las cosas que están fuera del comercio, y los derechos que no son susceptibles de constituir materia de una convención, no pueden ser objeto de transacciones.

Por otra parte, en lo referente a la prohibición de pactar sobre herencias futuras, recuerda Lafaille que ésta se funda en razones de moral, por los sentimientos que puede fomentar, y también en el deseo de impedir que durante la vida de las personas se las moleste con el poco agradable espectáculo de los cálculos relativos a su herencia, sin esperar a que ella se produzca.

Trae a la memoria la nota de Vélez Sarsfield al artículo del Código de su país, cuando apunta que se trataría, además, de cálculos aleatorios; y también objeta que estaríamos en presencia de bienes sobre los cuales las personas no tienen la libre disposición y que, por consiguiente, no podrían ser materia del acto jurídico que nos ocupa.

Sin embargo –a decir de Lafaille–, estos reparos, sobre todo el temor de que con ello se fomenten los homicidios (**votum mortis**), han perdido paulatinamente su eficacia, tanto en este supuesto como en otros análogos, entre los cuales figura, como el más frecuente, el seguro de vida. Así como éste se ha incorporado definitivamente al derecho positivo y hoy se acepta por todos los países civilizados, el pacto hereditario promete seguir una evolución parecida.

- (5) **Artículo 1310.**– “La transacción de indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.”

Sobre este punto, remitimos al lector a los comentarios vertidos en relación a este numeral.

el contrato consienta en que la totalidad del precio se refiera tan sólo a los bienes presentes. Por lo demás, esto no rompe con el principio de la indivisibilidad y sólo constituye una atenuación que evita la ineficacia del convenio celebrado.

En lo que atañe a la obligación alimentaria, ésta se encuentra impuesta por la ley a determinados parientes y al cónyuge, y se basa en la necesidad de subvenir a las exigencias primarias de la vida. De ahí que esta deuda no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción, en razón, precisamente, de que los alimentos están destinados a necesidades impostergables, como la subsistencia, la habitación y el vestido de la persona a la cual se conceden y no se pueden aplicar a ningún otro fin<sup>(6)</sup>.

Recuerda Lafaille<sup>(7)</sup> que Vélez Sarsfield se ha referido ligeramente a esta controversia en su nota al artículo 849 en una forma curiosa, ya que dice haber adoptado el sistema del 374 para no separarse de todos los Códigos publicados y de la doctrina de todos los escritores de Derecho (lo que es, sin duda, una exageración), dejando a salvo su criterio personal inclinado a que se pudiera transigir en esta materia.

No obstante, opina Lafaille que el artículo 374 del Código Argentino no puede ser aplicado en un sentido literal sino de acuerdo con su propósito y fundamento; de ahí que, si los alimentos se han estipulado dentro de un contrato oneroso, nadie puede sostener con visos de razón la imposibilidad de transigir.

---

(6) Cabe precisar que nos referimos a la obligación de prestar alimentos que es impuesta por la ley, como el caso del hijo alimentista, o cualquier obligación legal determinada por el Juez. No se incluye dentro de esta categoría, ciertamente, a las obligaciones alimentarias nacidas de una convención privada o unilateralmente, como en el caso de un testamento. Estas pueden ser materia de transacción, como cualquier contrato entre particulares cuyo objeto no es otro que un asunto de orden patrimonial.

(7) LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones, Páginas 364 y siguientes.

Más aun, a Lafaille parece justo admitirla en todos aquellos supuestos en que no se trata de una obligación derivada de la ley fundada en el parentesco y en la indigencia de la persona favorecida. Cuando la excepción no se presenta, caemos dentro del principio general autorizado por el artículo 849 que permite transigir todo género de derechos.

Finalmente, dicho jurista expresa que puede existir ventaja para quien debe recibir los alimentos en que se le entregue una suma considerable de una sola vez a cambio de la renuncia del derecho, lo que le permitiría quizá aplicarla de un modo útil, convirtiéndose en un elemento activo y no en una carga para la sociedad o la familia. Todo ello dejando siempre a salvo el caso estricto de la obligación legal que a su entender debe limitarse el alcance del artículo 374 del Código Civil Argentino.

En relación con la posibilidad de transigir o no sobre deudas alimentarias, Luis De Gásperi<sup>(8)</sup> 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 a 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. En nuestro Derecho ocurre igual<sup>(9)</sup>.

---

(8) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Páginas 227 a 229.

(9) Recuerda De Gásperi que Durantón, refiriéndose al *Senatus-Consulto* de Marco Aurelio, enseña que él debía ser aplicado en el Derecho Francés; pero precisa que no ha faltado quien observase que habiéndose abrogado por el último artículo de la ley de 30 ventoso, año XII “las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, y los reglamentos en las materias reguladas por el Código Civil”, Durantón está en el error.

Salvat<sup>(10)</sup> estima que la obligación de prestar alimentos ha

---

Entiende el citado profesor paraguayo que a través del Recueil Sirey, Salvat pretende, erróneamente, que Merlin sostiene que bajo el imperio del Código Civil Francés podía transigirse sobre las deudas por alimentos cualquiera que sea la causa de que provengan, sin advertir que en el lugar antes mencionado, aquel autor sólo se refiere a los alimentos dejados por actos de última voluntad. Pero Troplong, Laurent y Huc distinguen entre alimentos debidos **jure sanguinis et naturae** y los debidos por contrato o por testamento y donación. Vinculados los primeros a una cualidad natural indestructible, son inenajenables, como el título de que proceden. No podría, por consiguiente, una transacción extinguir el derecho del acreedor a percibirlos en lo venidero, porque si él cayera en la miseria, la voz de la naturaleza, más imperiosa que la voz de la transacción, obligaría al deudor a acudir en su socorro. Los segundos, por el contrario, son, como cualquier otro crédito, cesibles y por tanto susceptibles de transacción.

Pero anota De Gásperi que Delvincourt, Pont, Zachariae, Aubry y Rau, Guillaouard y Baudry-Lacantinerie y Wahl, por el contrario, enseñan que no puede transigirse sobre alimentos, sea que éstos se deban en virtud de la ley, sea en virtud de una disposición a título gratuito, si la transacción se endereza a neutralizar los resultados que el legislador o el autor de la liberalidad, ha querido obtener. La admiten, empero, sobre el modo de prestarlos o sobre el pago de atrasos vencidos de una pensión de este género.

Precisa el citado profesor que la jurisprudencia francesa permite una excepción a esta regla para la pensión de alimentos debida, en caso de divorcio, por el cónyuge culpable al inocente y necesitado. Juzga ella que en este caso la transacción libremente consentida por las partes es válida, porque estima que, en tal supuesto, la pensión tiene carácter de reparación de un perjuicio cuasi-delictual, materia susceptible de ser transigida.

Refiere De Gásperi que inspirado Vélez Sarsfield en la doctrina de Aubry y Rau consagró en su Código la regla de la incesibilidad del derecho a alimentos futuros y la exclusión de la obligación de prestarlos, tanto de la novación, cuanto de la compensación y de la transacción, según está dispuesto por el artículo 374 el cual reza así: "La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción; ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por actos entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna".

(10) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Páginas 234 y 235.

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 terceros 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 pueda propender a que se desvirtúen los propósitos de la ley.

– ***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. Este 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<sup>(11)</sup>,

---

(11) 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.

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.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1305.***

Acerca de los derechos que pueden ser materia de transacción, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “Son nulas, **ipso jure**, las transacciones celebradas por los obreros con desmedro de su derecho.” Ejecutoria del 25 de octubre de 1943. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 13, 1944, Página 33. (Artículo 1315 del Código Civil de 1936).

II.- “No procede la transacción respecto del estado civil de las personas, ni cuando se afecta derechos de terceros.” Anales Judiciales, 1948, Página 46. (Artículo 1315 del Código Civil de 1936).

III.- “No puede transigirse sobre el derecho a alimentos.” Ejecutoria del 8 de mayo de 1948. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 52 y 53, 1948, Página 326. (Artículo 1315 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Homologación de la transacción, artículo 337 del Código Procesal Civil.



– **TRANSACCION SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL PROVENIENTE DE DELITO.**

**Artículo 1306.**- *“Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito.”*

– **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 del Doctor 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 numeral 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 futu-

ros; 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 el Doctor 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 numeral 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 del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, regulaba la materia en su artículo 174: “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*, lo hacía en el numeral 1273: “Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito.”

### – Fuentes y concordancias extranjeras.

Concuerdan con el artículo 1306 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Uruguayo (artículo 2153), Ecuatoriano (artículo 2375), Venezolano de 1942 (artículo 1715), Venezolano de 1880 (artículo 1636), Chileno (artículo 2449), Boliviano de 1976 (artículo 947), Guatemalteco de 1973 (artículo 2158, inciso 3, segunda parte) y Argentino (artículo 842).

Adicionalmente, mencionamos al Código Civil Español (artículo 1813 –señala además que no por esto se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal–) y al Brasileño (artículo 1033 –agrega la frase: “sin anular la acción penal de la justicia pública”).

### – Análisis.

Sabemos que no se puede transigir sobre derechos que se encuentren fuera del comercio de los hombres<sup>(1)</sup>, incorporándose dentro de este rubro a las acciones penales, por interesar al orden público y escapar, por tanto, del ámbito de los particulares<sup>(2)</sup>.

---

(1) Remitimos al lector a los comentarios sobre el tema, efectuados al analizar el numeral anterior (artículo 1305).

(2) 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. Al respecto, y como anotación al margen, el análisis económico del Derecho considera que las penas son muy importantes, ya que mediante éstas el potencial infractor puede ser desmotivado a cometer el delito que desea, pues al realizar su análisis costo-beneficio puede llegar a la conclusión de que es mejor abstenerse de delinquir. De ahí la rele-

Sin embargo, caso distinto es la responsabilidad civil que proviene del delito, ya que 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.

Este tema (como hemos visto en sus fuentes y concordancias extranjeras) es regulado en forma muy similar por los Códigos Civiles Uruguayo, Ecuatoriano, Venezolano, Chileno, Boliviano, Guatemalteco, Español, Brasileño y Argentino.

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, 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

---

vancia de establecer penas adecuadas e inteligentes. Por ejemplo, si se aplicase la pena de muerte para un violador (tema que se estuvo debatiendo hace poco en el Congreso de la República), para el análisis económico ello no sería eficiente, ya que el violador se sentiría motivado a asesinar a su víctima a fin de reducir el riesgo de ser delatado por el único testigo.

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).

Boffi Boggero<sup>(3)</sup> señala que el tema de las acciones penales derivadas de delito es lo que se suele denominar una **sexata quaestio**; habiendo antecedentes romanos y de la antigua legislación española acerca de la posibilidad de transigir sobre las acciones, incluso penales, aunque no puede decirse que sea cuestión pacífica lo referente a la solución en sí y al grado con que se le habría admitido.

Héctor Lafaille<sup>(4)</sup>, en relación con el artículo 842 del Código Argentino (que establece que la acción civil sobre indemnización del daño causado por un acto ilícito puede ser objeto de transacciones; pero no la acción para acusar o pedir el castigo de los delitos, sea por la parte ofendida, sea por el ministerio público), opina que las dos acciones a que se refiere el citado numeral son perfectamente separables, y así, mientras la segunda depende en principio del ministerio fiscal, la otra deriva simplemente del interés particular. La acción que depende del interés particular, es decir, la civil sobre indemnización de daños, puede ser objeto de transacción, porque sobre ella cabe admitir toda clase de acuerdos. Sobre lo que no es lícito transigir es sobre la misma materia del delito, salvo, sin embargo, en aquellos que son de acusación meramente privada.

En definitiva, dice Lafaille, el artículo 842 del Código de Vélez Sarsfield aplica el principio de que no se puede transigir sobre aquellas cuestiones en que está vinculado el interés colectivo, lo que no es sino el obligado corolario del artículo 21 de dicho cuerpo legal, que prohíbe toda clase de convenios o acuerdos pri-

---

(3) BOFFI BOGGERO, Luis María. Op. cit., Tomo IV, Páginas 423 y siguientes.

(4) LAFAILLE, Héctor. Curso de Obligaciones, Página 362.

vados sobre cuestiones en que están interesados el orden público y las buenas costumbres.

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 nuestro análisis del artículo 1306 del Código Civil Peruano, queremos referirnos al nuevo artículo 2 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638), que constituye una de las pocas normas que ya ha entrado en vigencia modificando el Código de Procedimientos Penales promulgado el 23 de noviembre de 1939 por Ley N° 9024, y que rige desde el 18 de marzo de 1940.

El texto de dicho precepto es el siguiente:

Artículo 2.- "El Ministerio Público con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el agente haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.
2. Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos (02) años de pena privativa de la libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.
3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3), será necesario que el agente hubiere reparado el daño. Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el juez podrá, a petición del Ministerio

Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos establecidos.”

Como se aprecia, la relación que aparentemente pudiera tener esta norma con el tema de la transacción, se presenta en los supuestos de los incisos 2 y 3, cuando el agente hubiese reparado el daño; y, si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso.

Esta norma, que contiene el denominado principio de “oportunidad” en el proceso penal, se aplica -para 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. No es necesario, para ello, que las obligaciones contenidas en ese acuerdo se hubieren ejecutado al momento del desistimiento.

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.

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 reo, ella se estaría logrando sin necesidad de condena e internamiento del sujeto activo del delito.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1306.***

En relación con la posibilidad de transigir sobre la responsabilidad civil proveniente de delito, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “La responsabilidad civil proveniente del delito puede ser liquidada y extinguida por acuerdo entre la víctima y el agente del daño.” Revista de los Tribunales, 1935, Página 13. Revista del Foro, 1935, Página 147. (Artículo 1310 del Código Civil de 1936).

II.- “La transacción que celebran las partes sobre reparación civil no excluye sino determina la que debe ser fijada en la sentencia penal, según lo establecido por el Código Civil y la Ley Número 9014.” Anales Judiciales, 1942, Página 91. (Artículo 1310 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Alcances de la responsabilidad extracontractual de un cónguye, artículo 309 del Código Civil.

– **TRANSACCION EFECTUADA POR REPRESENTANTES LEGALES DE AUSENTES O INCAPACES. REQUISITOS.**

**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.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1307.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, regulaba 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 el *Código Civil de 1852*, lo hacía en sus numerales 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 corres-

ponda; pero la transacción no será válida mientras no se haga con aprobación del juez, quien para concederla oírá 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 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 el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, prescribía lo siguiente en sus numerales 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 oírá 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 oírá 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 oírá 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 numeral 1312: “Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oírá 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.”

Por su parte, dentro del proceso de reforma al Código Civil de 1936, la *Alternativa de la Ponencia del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, trataba la materia en su artículo 176: “Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para concederla oírá 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.”; 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 oírá al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.”

Por último, el artículo 1326 del *Proyecto de la Comisión Reformadora, del año 1981*, prescribía que: “Los representantes de menores, ausentes o incapaces, podrán transigir con aprobación del juez, quien para este efecto oírá al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.”; y el numeral 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 oírá al Ministerio Público y al consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1307 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Código Civil Uruguayo (artículos 401 y 2150) y el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 2159).

Adicionalmente, mencionamos que el Anteproyecto Llambías (artículo 221) establece que no podrán hacer transacciones: 1.– Las personas que no pudieran enajenar el derecho respectivo; 2.– Los padres, tutores o curadores, con los incapaces bajo su guarda, respecto de las cuentas de su gestión, aun cuando mediare autorización judicial; 3.– Los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones de la testamentaría, ni aun con la anuencia de los interesados, sin la autorización del juez competente.

#### – **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 renunciaciones 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<sup>(1)</sup>, 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 aun 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, ya que no cuentan con capacidad de ejercicio plena y ambos, por disposición del propio Código, deben tener representantes<sup>(2)</sup>.

---

(1) Como sabemos, ausentes son los desaparecidos de quienes no se haya tenido noticia en dos o más años, y que el juez, a pedido de quien tenga legítimo interés, los haya declarado en tal condición (situación jurídica de ausencia).

(2) **Artículo 43.**— "Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable."

**Artículo 44.**— "Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

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 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 de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad 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. Los retardados mentales.
  3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
  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."

**Artículo 45.**— "Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela."

**Artículo 46.**— "La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste."

– **La transacción celebrada a través de apoderado.**

Sabemos que para transigir se requiere la capacidad de disponer, habida cuenta 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 aquellos 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.

El Código Civil Argentino, en su artículo 839, dispone que: “No se puede transigir a nombre de otra persona sino con su poder especial, con indicación de los derechos u obligaciones sobre que debe versar la transacción, o cuando el poder facultare expresamente para todos los actos que el poderdante pudiera celebrar, incluso el de transar”.

Lafaille<sup>(3)</sup> señala que el referido artículo 839 fue objeto de un agregado en la ley Fe de Erratas del año 1882. La primitiva redacción no comprendía las palabras finales “incluso el de transar”. Era la fórmula del mandato general que emplean los escribanos en los poderes comunes “el poderdante se compromete a tener por válido y firme cuanto hiciere su mandatario en ejercicio de este mandato”. Pero esta redacción –según el citado profesor– no substituye al poder especial. El artículo 839, pues, venía a estar en contradicción con los artículos 1880 y 1881, del Título del

---

(3) LAFAILLE, Héctor. Op. cit., Páginas 356 a 358.

Mandato. Por eso la ley de reformas de 1968 dejó el texto final en estos términos: “para todos los actos que el poderdante pudiera celebrar, incluso el de transar”<sup>(4)</sup>.

– *Jurisprudencia peruana del artículo 1307.*

Referidas al tema regulado por el artículo 1307 del Código Civil Peruano, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.– “Es **ipso jure** nula la escritura de transacción sobre bienes de menores, otorgada sin las formalidades que para obligar sus bienes requiere la ley.” Ejecutoria del 15 de mayo de 1886. Anales Judiciales, Página 361, 10 de mayo de 1906. (Artículo 1312 del Código Civil de 1936).

II.– “La transacción en los juicios en que tienen interés menores o incapaces sólo queda perfeccionada después de llenadas las formalidades de ley.” Ejecutoria del 29 de abril de 1905. Anales Judiciales, Página 49. (Artículo 1312 del Código Civil de 1936).

III.– “Cuando el menor está bajo la patria potestad no se requiere oír al consejo de familia para obtener autorización judicial

---

(4) Así, según Lafaille, de la lectura del artículo 839 pareciera desprenderse que en el poder especial se debiera dejar constancia al mismo tiempo de los derechos y obligaciones sobre los que debe versar la transacción. No es así, sin embargo, y la razón de ello es muy clara: cuando se da poder especial a una persona para intervenir en un juicio con la facultad de transar, ya no se necesita decir que se le autoriza a transar en determinado juicio, porque éste ya se encuentra individualizado por la misma especialidad del poder; y cuando se otorga poder general para transar tampoco es indispensable, porque está comprendido dentro de la última frase del artículo.

Entonces, la única aplicación que tiene la primera parte del artículo 839 del Código Civil Argentino es en el caso de que se de un poder para transigir, no como cláusula dentro de un poder especial sino como autorización jurídica independiente. Tendría que especificarse, por tanto, que es para transigir en tales o cuales asuntos o sobre tales o cuales objetos, pues de lo contrario el poder, por su indeterminación, no sería válido.

para transigir sobre bienes de dicho menor.” Anales Judiciales, 1908, Página 322. (Artículo 1312 del Código Civil de 1936).

IV.- “No produce efecto la transacción judicial que no esté firmada por ambos litigantes y, en el caso en que tengan interés menores, si no se han llenado los requisitos de ley.” Ejecutoria del 16 de julio de 1937. Revista de los Tribunales, Página 345. (Artículos 1308 y 1312 del Código Civil de 1936).

V.- “No surte efectos la transacción que no se ha perfeccionado con la decisión del juez, por existir menores. Por tanto es fundada la demanda de división y partición aunque ésta se haya celebrado en la transacción no perfeccionada.” Ejecutoria del 26 de diciembre de 1947. Revista de Jurisprudencia Peruana, Números 54 y 55, 1948, Página 555. (Artículo 1312 del Código Civil de 1936).

VI.- “Es nula la transacción celebrada por la madre de menores de edad con los que pretenden la herencia, distribuyendo por partes iguales los frutos de los bienes hereditarios, no obstante existir juicio de nulidad del testamento en que dichos menores fueron preteridos.” Revista de Jurisprudencia Peruana, 1949, Página 364. (Artículo 1312 del Código Civil de 1936).

VII.- “El allanamiento de los representantes de incapaces requiere aprobación judicial, mediante las formalidades establecidas en el artículo 1312 del Código Civil. La omisión de las formalidades establecidas da lugar a la nulidad de lo actuado.” Ejecutoria del 24 de octubre de 1983. “El Peruano”, 22 de enero de 1984. (Artículo 1312 del Código Civil de 1936).

#### **– Concordancias nacionales.**

Autorización judicial para transigir; patria potestad, artículo 448, inciso 3, del Código Civil / Autorización judicial para transigir; tutela, artículo 532, inciso 1, del Código Civil / Autorización judicial para transigir; curatela, artículo 568 del Código Civil / Mutuo celebrado en representación de incapaces o ausentes, artículo 1651 del Código Civil.



– **TRANSACCION SOBRE NULIDAD O ANULABILIDAD DE LA OBLIGACION. 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.”*

– **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 hizo engaño, en fazerle perder las cartas, o embargarle los testigos con que pudiera prouar su demanda; e que por esta razon hizo 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 del Doctor 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 conocimiento un documento nulo; salvo que las partes hayan tratado expresamente sobre su nulidad.”; y 1397: “La transacción hecha sobre documentos, que después se haya reconocido ser falsos, es enteramente nula.”; en tanto el *Código Civil de 1852*, lo hacía en el numeral 1725: “Es además nula la transacción: 1o. Si hubo error en cuanto á las personas que transigieron, ó sobre las cosas que fueron materia de la transacción; 2o. Si intervino dolo, fuerza ó violencia; 3o. Si se celebró por un documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad; 4o. Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos; 5o. Si fué 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: 1o. Cuando ha faltado en ella alguno de los requisitos del artículo 3014; 2o. Cuando ha recaído sobre cosas acerca de las cuales está prohibido transigir; 3o. Cuando hubo error en cuanto a las personas que transigieron, o sobre los objetos materia de la transacción; 4o. Si medió dolo, fuerza o violencia; 5o. Si se celebró a mérito de un documento nulo, y en el convenio no se tuvo en consideración la nulidad; 6o. Si se celebró en virtud de documentos que han resultado falsos; 7o. 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 8o. 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 el Doctor 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: 1o.– Si se celebró por un documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad.– 2o.– Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos.– 3o.– 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 Doctor Olaechea anotó 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: 1o.– Si se celebró en virtud de documento nulo, y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad.– 2o.– Si se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos.– 3o.– 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 numeral 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 del Doctor 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 numeral 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 ce-

lebran.”; 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 nulidad. Si fuera anulable y las partes, conociendo el vicio, la celebran, tiene validez la transacción.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1308 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2196, que establece que la transacción es anulable si ésta es concluida en consideración a un título nulo o falso, cuya causa de nulidad o falsedad era ignorada por una de las partes. En este caso, la nulidad podrá ser demandada sólo por la parte que ignoraba la causa de la nulidad del título).

Puede mencionarse, adicionalmente, al Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 951, inciso 2, que prescribe que es nula o anulable la transacción si se celebró en virtud de documento nulo o anulable respectivamente, cuando dicha nulidad o anulabilidad no fue considerada ni conocida por las partes).

– **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. 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 aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.”).

Una vez pronunciada 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 Peruano de 1984 resulta, pues, una norma que fluye de la lógica jurídica. En realidad, sin ella también podríamos llegar a simiar 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 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 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 el mismo, dicha tran-

sacción 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, confirmará un acto jurídico y, por otra, constituirá una transacción propiamente dicha, que solucione controversias suscitadas o derivadas del acto originario.

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 lugar, dependiendo de si la parte que tiene derecho a ejercitar acción al respecto decide anularlo a través de la vía judicial, o si lo confirma posteriormente.

#### – ***Jurisprudencia peruana del artículo 1308.***

Referidas al tema regulado por el numeral 1308 del Código Civil, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “No produce efectos la transacción informal, ni la concertada por error sobre la cosa que le sirvió de materia.” Ejecutorias del 29 de agosto de 1929. Anales Judiciales, Página 158; y 19 de mayo de 1934. Revista de los Tribunales, Página 154. (Artículos 1308 y 1314 del Código Civil de 1936).

II.- “Aprobada judicialmente la transacción, los herederos de quien la pactó no pueden alegar su nulidad arguyendo la existencia de un contradocumento.” Revista de los Tribunales, 1945, Página 269. (Artículo 1314 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Acto jurídico nulo, artículo 219 del Código Civil / Acto jurídico anulable, artículo 221 del Código Civil / Confirmación, artículos 230, 231 y 232 del Código Civil / Obligación primitiva nula o anulable; novación, artículo 1286 del Código Civil.



- **SUPUESTO EN EL CUAL LA CUESTION SOBRE LA QUE SE TRANSIGE SEA 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.”*

- **Fuentes nacionales del artículo 1309.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836.*

El *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836* 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 el Doctor 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 del Doctor Jorge Vega García, del año 1973*, se abstendrían 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.”

#### – **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerda con el artículo 1309 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2197), que establece que la transacción es anulable, en todo o en parte, por el descubrimiento de documentos de los que no se tuvo conocimiento a tiempo de hacerla, cuando resulta que la parte que según ellos no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso, los había ocultado de mala fe.

#### – **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 presente numeral.

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.

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), 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 forma se esquivarían las formalidades constitutivas o **ad solemnitatem**, perdiendo éstas su sentido), cuando la ley lo declara nulo (¿se podría 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 aun aquellas 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 pacta-

do era **ad solemnitatem** o **ad probationem** (ello, por no ser claro 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 misma 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 alguna 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.

– ***Concordancias nacionales.***

Acto jurídico nulo, artículo 219 del Código Civil / Acto jurídico anulable, artículo 221 del Código Civil.

– **INDIVISIBILIDAD DE LA TRANSACCION. 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.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1310.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; ni en el *Proyecto de Código Civil de 1890*.

Por su parte, el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor 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 numeral 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 del Doctor 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.”

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 numeral 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.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1310 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Brasileño (artículo 1026, primera parte) y Argentino (artículo 834), así como el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2187), el que prescribe que las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles y la nulidad o la anulación de cualquiera de ellas, deja sin efecto todo el contrato.

A su turno, el Código Libanés (artículo 1049) establece que, cuando las partes han transado de una manera general sobre todos los asuntos que existían entre ellas, los títulos que desconocían y que posteriormente fueran descubiertos, no son pasibles de anulación si no hay dolo de la otra parte; agregando que esta disposición no es aplicable cuando la transacción fue hecha por el representante legal de un incapaz, la que fue determinada por el defecto del título a ejecutar.

El Código Civil Boliviano de 1976 dispone –en similar sentido que el Código Libanés– que el descubrimiento de nuevos documentos con posterioridad a la transacción, sea que ella recaiga sobre varios negocios o sobre uno solo, no es motivo para anularla sino cuando una de las partes hubiese retenido u ocultado maliciosamente tales documentos, o se comprueba por ellos que esa parte no tendría ningún derecho.

Conceptos análogos consignan los Códigos Civiles Chileno (artículo 2459) y Ecuatoriano (artículo 2385), al establecer que, si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno sobre el objeto que se ha transigido, y estos títulos al tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirse; salvo que no haya recaído sobre un objeto particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas. Los referidos Códigos agregan que en este caso el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubiesen sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria; señalando, además,

que si el dolo fuere sólo relativo a uno de los objetos sobre que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto.

El Código Civil Boliviano de 1976 (artículo 948), antes citado, también prescribe que se puede agregar a la transacción una cláusula penal contra el que falte a su cumplimiento, antecedéndolo, en esta materia, el Código Civil Guatemalteco de 1973 (artículo 2168) cuando dispone que si los interesados convinieren en la transacción una pena adicional, ésta no podrá exceder de la quinta parte del valor que tenga la cosa.

De otro lado, los Códigos Civiles Chileno (artículo 2457) y Ecuatoriano (artículo 2383) prevén que el error acerca de la entidad del objeto sobre que se quiere transigir anula la transacción. Y agregan –Chileno (artículo 2458) y Ecuatoriano (artículo 2384)–, que el error de cálculo no anula la transacción; sólo da derecho a que se rectifique el cálculo.

El Código Guatemalteco de 1973 (artículo 2167), también citado, establece que el error de cálculo en las transacciones debe enmendarse y no es causa de anulación de la misma. Por su parte, el Anteproyecto Paraguayo de Luis de Gásperi (artículo 2199) añade que la transacción sobre una cuenta litigiosa no podrá ser anulada por descubrirse en ésta errores de cálculo. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiere error en lo dado, o cuando se hubiere dado la parte determinada de una suma, en la cual había un error aritmético de cálculo.

En este mismo sentido el Código Argentino (artículo 861), señala que la transacción sobre una cuestión litigiosa no podrá ser rescindida por descubrirse en ésta errores aritméticos. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiese error en lo dado, o cuando se hubiese dado la parte determinada de una suma, en la cual había un error aritmético de cálculo.

– **Análisis.**

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<sup>(1)</sup>.

---

(1) 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. Curso de Obligaciones, Página 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 aquellos 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 Luis de Gásperi<sup>(2)</sup>, 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.

Estima Rezzónico<sup>(3)</sup> 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

---

(2) DE GASPERI, Luis. Op. cit., Tomo III, Página 235.

(3) REZZONICO, Luis María. Op. cit., Volumen II, Páginas 1027 y 1028.

partes hiciera concesiones a la otra. Si se aceptase 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 la misma 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.

– ***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, Raymundo M. Salvat<sup>(4)</sup> 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<sup>(5)</sup>, 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

---

(4) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo II, Página 289.

(5) CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., Tomo II, Página 235.

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.

– **Garantías.**

En lo que respecta al segundo párrafo del artículo 1310 del Código Civil Peruano bajo comentario, él 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 mismas que no se restablecen, ya que lo contrario equivaldría someter a esas personas a una permanente inestabilidad jurídica.

– **Jurisprudencia peruana del artículo 1310.**

En relación con el tema tratado por el artículo 1310 del Código Civil vigente, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “Es nula la transacción celebrada en un juicio posesorio por personas ajenas a la propiedad y sin tener autorización suficiente para celebrarla. Esta nulidad puede deducirse en vía de acción, aun por quien no intervino en la controversia.” Ejecutoria del 19 de abril de 1960. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 201, 1960, Página 1228. (Artículo 1316 del Código Civil de 1936).

II.- “La transacción no tiene fuerza obligatoria contra quienes no intervinieron en ella. Careciendo de eficacia una parte de la

transacción, no puede reconocerse valor a los otros extremos de la misma.” Ejecutoria del 23 de agosto de 1967. Normas Legales, Número 50, 1968, Página 439. (Artículo 1316 del Código Civil de 1936).

III.- “La transacción no obliga a quienes no intervinieron en ella. Tampoco pueden subsistir las modificaciones hechas en ella, porque es indivisible.” Revista de Jurisprudencia Peruana, 1968, Página 60. (Artículo 1316 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Acto jurídico nulo, artículo 219 del Código Civil / Acto jurídico anulable, artículo 221 del Código Civil / Separabilidad de disposiciones de un acto jurídico, artículo 224 del Código Civil / Indivisibilidad; definición, artículo 1175 del Código Civil / Extinción de la novación, artículo 1287 del Código Civil / Cese de la consolidación, artículo 1301 del Código Civil.



– **SOLUCION DE CONTROVERSIAS A TRAVES DE LA SUERTE. APLICACION A ESTE SUPUESTO DE LAS NORMAS DE LA TRANSACCION.**

**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.”*

– **Fuentes nacionales del artículo 1311.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; en el *Código Civil de 1936*; en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor 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 los Doctores 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.”*

#### – **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.

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 el 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 de 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 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 tratado tuvo ocasión de participar hace más de tres décadas 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.

Era el caso de 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 sus máximas aspiraciones ideales respecto de los bienes que constituían la masa hereditaria, todos quedaron satisfechos con el resultado del sorteo, el mismo 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.

— ***Concordancias nacionales.***

Juego y apuesta, artículo 1942 del Código Civil.

– **MANERAS DE EJECUTAR LA TRANSACCION JUDICIAL Y LA EXTRAJUDICIAL.**

**Artículo 1312.-** “*La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva.*”

– **Fuentes nacionales del artículo 1312.**

Este artículo no registra antecedentes en el *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*; en el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*; en el *Código Civil de 1852*; en el *Proyecto de Código Civil de 1890*; en el *Primer Anteproyecto de Libro Quinto, elaborado por el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*; en el *Segundo Anteproyecto de Libro Quinto de la Comisión Reformadora, de 1926*; en el *Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, de 1936*; en el *Código Civil de 1936*; en la *Alternativa de la Ponencia del Doctor 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 judi-

cial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial en la vía ejecutiva.”

– ***Fuentes y concordancias extranjeras.***

Como referente de este numeral, podemos señalar al artículo 1045 del Código Libanés, el mismo que establece que ante el incumplimiento de la transacción de una de las partes, la otra puede demandar la ejecución del contrato si es posible y, en su defecto, demandar la resolución sin perjuicio de indemnización si hubiere lugar.

– ***Análisis.***

El precepto 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<sup>(1)</sup> 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.

(a) *Ejecución de la transacción judicial.*

Recuerda la Comisión que durante los debates para la aprobación del Código Civil, el Doctor Jack Bigio Chrem expresó

---

(1) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Separata Especial Publicada el lunes 3 de diciembre de 1990 en el Diario Oficial “El Peruano”, Páginas 13 a 15.

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 convirtiera 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, del texto 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.

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.”

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, para 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 por 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 solo 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.

De otro lado, el artículo 337 del Código Procesal Civil coincide con el último párrafo del artículo 1302 del Código Civil, en el sentido que la transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la 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 su 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 aquellas 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 podría configurarse una transacción, por considerar dentro de la categoría conceptual de “asunto dudoso” a las posibilidades de pago del vencido en el 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, etc., 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 obstante tratarse de una sentencia consentida y ejecutoriada sobre el capital, las partes podrían transigir sobre los intereses.

(b) *Ejecución de la transacción extrajudicial.*

La norma (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 el carácter de título que apareja ejecución, además de la fuerza obligatoria que el ordenamiento jurídico confiere a todo contrato<sup>(2)</sup>.

Luego de entrar en vigor el Código Procesal Civil que hoy nos rige, el 28 de julio de 1993, el tema de la ejecución de la transacción extrajudicial, así como el de la transacción judicial, han pasado a tener regulación expresa en el referido

---

(2) “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 presente 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.” (COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Separata Especial Publicada el lunes 3 de diciembre de 1990 en el Diario Oficial “El Peruano”, Páginas 14 y 15.).

Cabe señalar que este comentario de la Comisión fue anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, el mismo que en su artículo 337 establece que el incumplimiento de la transacción judicial no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de la transacción.

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<sup>(3)</sup>.

- 
- (3) El Capítulo I, relativo a las Disposiciones Generales de los procesos de ejecución, está constituido por los artículos 688 a 692, cuyos textos se transcriben a continuación:

TITULO V  
PROCESOS DE EJECUCION  
Capítulo I  
Disposiciones Generales

**Artículo 688.-** Títulos ejecutivo y de ejecución.— “Sólo se puede promover ejecución en virtud de:

1. Título ejecutivo; y
2. Título de ejecución.”

**Artículo 689.-** Requisitos comunes.— “Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.”

**Artículo 690.-** Legitimación y derecho de tercero.— “Está legitimado para promover ejecución quien en el título ejecutivo o de ejecución tiene reconocido un derecho en su favor, contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado.

Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato ejecutivo o de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101.”

**Artículo 691.-** Sentencia y apelación.— “El plazo para interponer apelación contra la sentencia es de cinco días contado desde notificada ésta.

En todos los casos en que en este Título se conceda apelación con efecto suspensivo, es de aplicación el trámite previsto en el artículo 376. Este último trámite también se aplica a la apelación de la resolución final.

Si la apelación es concedida sin efecto suspensivo, tendrá la calidad de diferida, siendo de aplicación el artículo 369 en lo referente a su trámite.”

**Artículo 692.-** Limitación cautelar.— “Cuando se haya constituido prenda, hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor,

Dentro del ordenamiento procesal, el artículo 693, inciso 5, del Código adjetivo, norma referente a los títulos ejecutivos, autoriza promover proceso ejecutivo en mérito de documento privado que contenga transacción extrajudicial.

Por otra parte, el numeral 694 de dicho cuerpo legal establece que se puede demandar ejecutivamente obligaciones de dar suma de dinero, de dar bien mueble determinado, de hacer y de no hacer.

El artículo 695 expresa que a la demanda se acompaña el título ejecutivo, además de cumplir con los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, en lo que corresponda.

Finalmente, el artículo 696 señala que el Juez de Paz Letrado es competente para conocer las pretensiones cuya cuantía no sea mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal,

---

salvo que el valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el Juez en decisión inimpugnable.”

**Artículo 693.-** Títulos ejecutivos.— “Se puede promover proceso ejecutivo en mérito de los siguientes títulos:

(...)

5. Documento privado que contenga transacción extrajudicial.

(...).”

**Artículo 694.-** Admisibilidad.— “Se puede demandar ejecutivamente las siguientes obligaciones:

1. Dar suma de dinero;
2. Dar bien mueble determinado;
3. Hacer; y
4. No hacer.”

**Artículo 695.-** Demanda ejecutiva.— “A la demanda se acompaña el título ejecutivo, además de los requisitos y anexos previstos en los artículos 424 y 425, en lo que corresponda.”

**Artículo 696.-** Competencia.— “El Juez de Paz Letrado es competente para conocer las pretensiones cuya cuantía no sea mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal. Las pretensiones que superen dicho monto son de competencia del Juez Civil.”

siendo competencia del Juez Civil las pretensiones que superen dicho monto.

### **– Transacción y mediación o buenos oficios.**

Antes de concluir con nuestras apreciaciones acerca de la transacción, debemos expresar que la mediación o buenos oficios es un tema no previsto por la ley, pero que 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. Este carece de mayores puntos de contacto con la transacción, salvo que un proceso arbitral concluya por esa vía.

Como se sabe, durante el presente siglo el arbitraje en el Perú estuvo previsto, en primer término, por los artículos 548 y siguientes del antiguo Código de Procedimientos Civiles. Con posterioridad se complementó con los artículos 1906 a 1922 del Código Civil de 1984. Luego se modificó íntegramente por el Código Procesal Civil. A continuación se dictó el minucioso Decreto Ley N° 25935, y, finalmente, hoy todo proceso arbitral está regido por

la Ley General de Arbitraje N° 26572, de fecha 20 de diciembre de 1995.

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 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 los últimos años por entidades nacionales especializadas como el Colegio de Abogados de Lima, la Cámara de Comercio de Lima, CEARCO, etc., o por entidades internacionales (como en 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, la misma 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 puede ocurrir ante el Juez del proceso en la audiencia respectiva, o en la que éste convoque de oficio o cuando lo soliciten las partes para tal efecto, no siendo dicho Juez 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 adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (artículo 325).

El artículo 326, a su turno, dispone que estando presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el Juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje. También puede ordenar la suspensión de la audiencia y su posterior reanudación dentro de un plazo no mayor de diez días.

Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además a la parte que no prestó su conformidad a la misma.

Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa no menor de dos ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, salvo que se trate de proceso de alimentos, en cuyo caso el Juez puede reducir la multa en atención al monto demandado y al que se ordena pagar en sentencia.

De acuerdo con el artículo 327 del Código Procesal Civil, aceptada por las partes la propuesta conciliatoria del Juez, si versa sobre todas las pretensiones propuestas, éste declarará concluido el proceso.

Si la conciliación recae sobre alguna de las pretensiones o se refiere a alguno 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 terceros.

En virtud a lo establecido por el artículo 328, la conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de la

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 dispuesto por el tercer y último párrafo del artículo 1302 del Código Civil).

Finalmente, el artículo 329 del Código Procesal dispone que la copia del acta del Libro de Conciliaciones, certificada por el Juez y expedida a solicitud del interesado, es instrumento pleno para el ejercicio de los derechos allí contenidos, así como para su inscripción en el registro que corresponda.

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 éste vendría a ser el único punto en común entre ambas figuras jurídicas, por cuanto, como vemos, la conciliación es una alternativa que se presenta dentro de un proceso, ya sea judicial o arbitral, contemplado en la normatividad correspondiente. En cambio, la transacción procede dentro o fuera de un juicio o arbitraje, y cuando se da dentro de un proceso, puede ser en cualquier estado de él, sin necesidad de que las partes soliciten el espacio y momento para transigir.

La conciliación, en cambio, 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 no tiene injerencia alguna, siendo un acuerdo estrictamente privado de las partes.

No obstante lo expresado, cabe recordar que con fecha 29 de octubre de 1997 se promulgó la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 13 de noviembre de 1997.

Esta Ley declara de interés nacional a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, “con la finalidad de propiciar una cultura de paz”.

Se establece que la conciliación es previa al proceso judicial y necesariamente consensual, en el sentido de que los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

Podría decirse, en términos muy generales, que la conciliación es un requisito necesariamente previo a los procesos que versen sobre derechos disponibles de las partes, y que ella debe realizarse ante un Centro de Conciliación o ante el Juzgado de Paz Letrado.

También son objeto de conciliación, en cuanto al Derecho de Familia, los alimentos, el régimen de visitas y los casos de violencia familiar, exceptuándose la comisión de delitos o faltas.

Esta nueva forma de conciliación tiene carácter facultativo hasta el día 11 de enero del año 2000, siendo obligatoria a partir de tal fecha.

En otras palabras, ello significa que no se podrá interponer una demanda judicial sobre derechos disponibles o sobre los temas mencionados de Derecho de Familia, si previamente no se acude a intentar la conciliación.

Claro está que, como es facultativa, la misma se frustraría si no hubiera acuerdo o si se produjera la inasistencia de una o de ambas partes.

Por último, tratándose de una conciliación extrajudicial, de existir concesiones recíprocas de las partes que ponen fin al asunto materia de controversia, el acuerdo revestiría la naturaleza jurídica de una transacción.

– ***Jurisprudencia peruana del artículo 1312.***

Respecto de este tema, tenemos las siguientes Ejecutorias Supremas:

I.- “Para que la resolución judicial que aprueba una transacción tenga mérito ejecutivo, se requiere que haya sido declarada consentida.” Anales Judiciales, 1905, Página 49. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

II.- “Pactado el pago de una multa para el caso de incumplimiento de una transacción, no puede reclamar un tercero el pago de aquélla sino cuando se ha declarado esa obligación en juicio seguido con los que la pactaron.” “El Peruano”, enero de 1942. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

III.- “La transacción pone término al juicio en forma definitiva e irreversible. El mero incumplimiento del convenio transaccional no acarrea su nulidad, ni da lugar a la prosecución del juicio desde el estado en que aquélla se celebró, sino que autoriza únicamente a pedir su cumplimiento por los trámites prescritos por el Código de Procedimientos Civiles para la ejecución de sentencias.” Ejecutoria del 21 de septiembre de 1970. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 321, 1970, Página 1218. (Artículos 1307 del Código Civil de 1936 y 1302 del Código Civil de 1984).

IV.- “La ejecución de un acuerdo transaccional equivale a la ejecución de una sentencia y por ello el juez está prohibido de admitir recurso alguno que la entorpezca.” Ejecutoria del 27 de agosto de 1971. Revista de Jurisprudencia Peruana, Número 334, 1971, Página 1380. (Artículos 1307 del Código Civil de 1936 y 1302 del Código Civil de 1984).

V.- “La transacción extrajudicial debe hacerse por escrito, bajo sanción de nulidad, debiendo formularse tanto por medio de documento privado como por escritura pública, exigiéndose su cumplimiento por la vía ejecutiva.” Ejecutoria del 28 de enero de 1987. Normas Legales, Número 154, 1988, Página 522. (Artículo

1307 y 1308 del Código Civil de 1936 y 1304 del Código Civil de 1984).

VI.- “La transacción judicial se exige en el mismo juicio, mas no en vía de acción.” Ejecutoria del 15 de noviembre de 1990. “El Peruano”, Número 15972, 6 de marzo de 1991. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

VII.- “La transacción extrajudicial se ejercita en la vía ejecutiva conforme lo establece el artículo mil trescientos doce del Código Civil vigente, por lo que en el caso de autos, habiéndose llenado el requisito anteriormente fijado, la ejecución es procedente.” Ejecutoria del 16 de noviembre de 1990. “El Peruano”, 2 de febrero de 1991. (Artículo 1307 del Código Civil de 1936).

– ***Concordancias nacionales.***

Transacción; concepto, artículo 1302 del Código Civil / Títulos ejecutivo y de ejecución, artículo 688 del Código Procesal Civil / Títulos ejecutivos, artículo 693 del Código Procesal Civil.



## TITULO VIII

### Mutuo disenso

#### – MUTUO DISENSO. CONCEPTO Y OTRAS APRECIACIONES SOBRE LA INSTITUCION.

**Artículo 1313.-** *“Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.”*

#### – **Fuentes nacionales del artículo 1313.**

Este artículo registra antecedentes en todos los Códigos y Proyectos que se han elaborado en nuestro país.

El *Proyecto de Código Civil del Doctor Manuel Lorenzo de Vidaurre, de 1836*, trataba la materia en sus artículos 27: “Los contratos concluyen o por distracto, o por novación, o por error o dolo probado, o por falta de cumplimiento a la condición, o por ejecución, o por ejecución de lo pactado o por confusión.”; y 28: “Por el distracto, los contrayentes han de quedar en el mismo estado en que estuvieron al tiempo de contratar.”; en tanto que el *Código Civil del Estado Nor-Peruano de la Confederación Perú-Boliviana de 1836*, no contemplaba el tema como una forma especial de extinción de las obligaciones, pero, no obstante, interesa transcribir el texto del artículo 728: “Toda convención legalmente formada tiene fuerza de ley respecto de las partes contratantes. No puede ser revocada sino por consentimiento mutuo, o por las causas que la ley autoriza. Debe ser ejecutada de buena fe.”

Por su parte, el *Código Civil de 1852* abordaba la materia en sus artículos 2272: “Se acaban las obligaciones, de la misma manera que se formaron, cuando la persona á favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas.– No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero.”; y 2273: “En caso de haberse perjudicado a un tercero por el mutuo disenso, se tendrá éste por no hecho, y se reputará subsistente la obligación, solo en lo que sea relativo á los derechos de la persona perjudicada.”; mientras que el *Proyecto de Código Civil de 1890* lo hacía en sus artículos 3039: “Se acaban las obligaciones convencionales por mutuo acuerdo del acreedor y de su deudor. El acuerdo debe ser explícito y constar en la misma forma en que fue contraída la obligación que por él se acaba.”; 3040: “Para extinguir obligaciones de mutuo disenso, es indispensable que las partes tengan la misma capacidad que tuvieron para contraerlas.”; 3041: “Si los interesados o alguno de ellos no tienen libre disposición de sus bienes, se requiere para celebrar mutuo disenso, las mismas formalidades que para la transacción.”; 3042: “Si el 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 el Doctor Manuel Augusto Olaechea, de 1925*, regulaba el punto 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, convienen 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 numeral 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 del Doctor 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 han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.”

– **Fuentes y concordancias extranjeras.**

Concuerdan con el artículo 1313 del Código Civil Peruano de 1984, entre otros, los Códigos Civiles Chileno (artículo 1567), Colombiano (artículo 1625) y Ecuatoriano (artículo 1557), los que señalan como principio general y dentro de los modos de extinción de las obligaciones, que toda convención puede extinguirse, a su vez, por convención en que las partes interesadas, capaces de disponer libremente de sus bienes, consientan en darla por nula.

Mencionamos, asimismo, que el Código Civil de Guatemala, en su artículo 2298, se ocupa de regular la naturaleza y efectos del mutuo disenso, y en su numeral 2349 prescribe que 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.

El Código Civil de la República de El Salvador, por su parte, como primer modo de extinguir obligaciones, establece en su artículo 1456 el principio doctrinal de que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer de lo suyo, consientan en darla por cumplida.

Resulta de interés observar que la mayoría de Códigos no contemplan específicamente el mutuo disenso como modo de extinción de obligaciones, por encontrar el concepto implícito en los principios de la libertad contractual. Es el caso de los Códigos Civiles de Argentina, Bolivia, España, Honduras, México, Uruguay y Venezuela, entre otros.

– **Análisis.**

– **Concepto.**

El mutuo disenso, también denominado resiliación (**ressiliation** en Francia), es un modo de extinción de las obligaciones

que, por sus características particulares, resulta uno de los pilares en que se fundamenta la base de nuestro sistema, es decir, el libre ejercicio de la autonomía privada.

En efecto, así como el contrato privado celebrado libremente entre dos partes (cuyas únicas restricciones o limitaciones se encuentran en la frontera de los derechos de los terceros y las normas que interesan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres) constituye la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, la misma que incluye la libertad de contratar y la libertad contractual<sup>(1)</sup>, el mutuo disenso es la coronación de esta libertad, ya que es el acuerdo de los mismos contratantes para dejar sin efecto el contrato que los liga. Sólo las propias partes que por medio del contrato crearon una relación jurídica obligacional pueden decidir —y llevar a la práctica tal decisión— ponerle fin, extinguirla; la misma voluntad que tuvo la facultad de crear el vínculo es la que puede resolverlo.

Es, pues, en mérito a la autonomía de la voluntad privada, como eje de nuestro sistema de Derecho, que el legislador delega en los particulares la potestad de crear, organizar y deshacer la mayor parte de sus relaciones mediante actos jurídicos, particularmente las relaciones de contenido económico o patrimonial. Recordemos que el Código Civil, en su artículo 1351, define al

---

(1) En virtud de la autonomía privada, en la que se basa nuestro sistema jurídico, social y económico, y circunscribiéndose a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico respectivo, las personas son soberanas para relacionarse y crear vínculos obligatorios entre sí.

Este principio —de la autonomía privada— tiene un doble contenido: “en primer lugar, la libertad de contratar, llamada más propiamente libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la primera.” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Tomo I, Página 263.)

contrato como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.” Vemos que dentro del concepto del contrato se encuentra la potestad de las partes para extinguir su relación jurídica. Por ello, el mutuo disenso es un auténtico contrato, cuyo contenido es la resolución convencional de la relación jurídica surgida también por contrato.

Guillermo Ospina<sup>(2)</sup> señala que el postulado de la autonomía de la voluntad privada encuentra su consagración en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano, el mismo que reproduce la fórmula “lapidaria” de Domat en estos términos: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”, y agrega: “y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales”, texto que expresa con singular precisión el vigor normativo que compete no sólo a los contratos que son la fuente principal de las obligaciones, sino también a todas las convenciones en general y a ciertos actos unipersonales dotados por la ley (convención, contrato o acto unipersonal) para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza.

Destacando la fuerza obligatoria del contrato, el cual sólo puede ser alterado por las propias partes, Ospina subraya que el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibir a los agentes destruir unilateralmente, salvo ciertas excepciones, la obligatoriedad de sus convenciones y contratos. Para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, o sea, su mutuo disenso, por oposición al mutuo consentimiento que ellos prestaron al celebrar tales actos.

Recuerda Giorgi<sup>(3)</sup> que **Nihil tam naturale est**, escribió Ulpiano en el comentario **ad Sabinum, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudí consensus obligatio contrario consensu dissolvitur**. Pero estima que este medio de extinguir la obliga-

---

(2) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 330.

(3) GIORGI, Giorgio. Op. cit., Tomo VII, Páginas 395 a 397.

ción, que Ulpiano encontró tan natural, o no se ha hecho para la práctica de los negocios, o ha permanecido siempre en la infancia, porque en las primeras páginas de cualquier Código y de cualquier tratado se encuentra que el modo más natural de extinguir las obligaciones es el pago.

Según el maestro italiano, los contratos y las obligaciones no se estipulan ni se adquieren hoy para disolverlos mañana, sino para que sus prestaciones sean cumplidas, ya sea para obtener o para dar el dinero, la cosa, la prestación prometida. Por tanto, en opinión de Giorgi, para conceder a lo dicho por Ulpiano el valor que merece, es necesario no leer en él otra cosa más que una observación sobre la forma como se puede disolver un contrato, desde cuyo punto de vista es natural que por consentimiento se desate lo que por consentimiento se hizo; procurar ver más allá de esto es perderse en disertaciones teóricas poco fructíferas, por lo que, al hablar de este modo de extinguir obligaciones, basta con limitarse a las pocas observaciones que pueden tener alguna utilidad.

Por nuestra parte, discrepamos del parecer del ilustre Giorgi, pues la utilidad del mutuo disenso, como veremos, es inmensa.

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, para hacer surgir obligaciones contractuales y para extinguirlas.

Este medio extintivo opera únicamente en los contratos bilaterales<sup>(4)</sup>, 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.

El Código Civil de 1936 no definía la figura bajo comentario, sino tan sólo señalaba sus efectos 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 insubsistente la obligación en lo que sea relativo a los derechos de la persona perjudicada.”

A diferencia del Código Civil de 1936, el Código Civil de 1852 contenía una definición del mutuo disenso en su artículo 2272: “Se acaban las obligaciones, de la misma manera que se formaron, cuando la persona á favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas.”

Al analizar la extinción de la relación jurídica, el profesor Manuel de la Puente y Lavalle<sup>(5)</sup> señala que ésta ocurre “cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta.”

Comentando la naturaleza del “distracto” (nombre técnico para el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial –cualquiera sea su fuente– existente entre las partes),

---

(4) No es poco frecuente confundir el concepto de contrato bilateral. No se trata de una bilateralidad o pluralidad en el cuanto de 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.

(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 89.

el citado autor<sup>(6)</sup> explica que emplea la expresión “resolver” debido a que considera que el distracto tiene por finalidad dejar sin efecto la relación jurídica por una causal sobreviniente al nacimiento de dicha relación. Lo importante de anotar en esta definición es que dicha causal es la voluntad de las partes de extinguir la relación, pudiendo aplicarse a las relaciones contractuales o no contractuales.

Diferenciando el distracto de la resolución<sup>(7)</sup>, De la Puente señala que aquél opera sin que se requiera de pronunciamiento judicial, sino por el sólo mérito de las partes. Y respecto a la relación entre el distracto y el mutuo disenso, acota que el distracto vendría a ser el género y el segundo como una especie, “que es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial surgida de un contrato, bien sea celebrado originalmente entre las partes, o bien en que una de ellas ha ingresado posteriormente a la relación, como ocurriría en el caso de una cesión de posición contractual o en el del ingreso del heredero para ocupar el lugar de su causante.”<sup>(8)</sup>

En suma y para mayor abundamiento a lo expresado desde el inicio de este análisis, vemos que, siendo el distracto un contrato, evidentemente el mutuo disenso, por ser una especie de aquél, también lo es.

Es razonable, luego de estas consideraciones acerca de la naturaleza contractual del mutuo disenso, formularse la interrogante sobre la razón por la que 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

---

(6) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 89 y 90.

(7) **Artículo 1371.**- “La resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración”.

(8) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 90.

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 operadores del Derecho, más que por sistemática<sup>(9)</sup>.

– ***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 numerales, 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<sup>(10)</sup>.

---

(9) “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.” (COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. BIGIO CHREM, Jack. Páginas 6 a 9).

(10) 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

Sólo uno de los citados artículos, el 1313 (bajo comentario), emplea la expresión “mutuo disenso” como medio extintivo de actos jurídicos o, si se quiere, de las relaciones jurídicas nacidas de dichos actos.

Como resulta evidente, más allá de que la expresión mutuo disenso ha sido sustituida por la de separación convencional en el Derecho de Familia, ella sigue empleándose en la práctica con mucha frecuencia, y produce, cuando se declara judicialmente, lo prescrito en el artículo 332 del Código Civil, norma que establece que “La separación suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.”

Resulta claro que, dentro del marco del Derecho de Familia Peruano, la causal establecida en el artículo 333, inciso 11, del Código Civil, para la separación de cuerpos (como dijimos, antes

---

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.”

(“Transcurridos seis meses desde notificada la sentencia de separación convencional, 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.”).

llamada mutuo disenso y ahora separación convencional), busca que ambos cónyuges, de común acuerdo, decidan poner fin a parte importantísima de los derechos, deberes y obligaciones nacidos del matrimonio, tal como se puede apreciar de la lectura del citado artículo 332. Sin duda, el mutuo disenso o separación convencional constituye la manera más pacífica para los cónyuges que han llegado a la convicción de que continuar con el matrimonio contraído carece de sentido, ya sea por incompatibilidad de caracteres, o incluso por la existencia de alguna otra causal de separación de cuerpos de las enumeradas en los incisos 1 al 10 del artículo 333, algunas de ellas irritantes para los cónyuges, razón por la cual deciden no ventilarlas públicamente a fin de evitar escándalos y daños morales a la pareja, a su descendencia y, en general, a su entorno familiar.

Como sabemos, cuando una pareja se separa por mutuo disenso, lo que persigue es poner fin a la relación y conjunto de derechos y deberes impuestos por la ley a quienes contraen matrimonio. Lo que se busca con esta figura no es otra cosa que poner término a los efectos de un acto jurídico por acuerdo de partes; de esas mismas partes que anteriormente convinieron en la celebración del acto cuyos efectos buscan ahora hacer cesar.

El mutuo disenso tiene efectos a partir del momento en que se declara y éstos jamás son retroactivos. Este principio es absoluto en el mutuo disenso del Derecho de Familia, mas en el ámbito contractual podría actuar **ex tunc** en caso de que las partes optaran por ello, como veremos más adelante. Esto significa que más allá de cualquier situación entre los cónyuges, consistente en una separación de hecho no declarada por los Tribunales de Justicia, para el Derecho tal separación recién se produciría desde que se declara el mutuo disenso o separación convencional.

Es importante tomar nota 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, pues por efecto del matrimonio nacen numerosos derechos y deberes que no pueden ser calificados como obligaciones civiles. Estas, en el matrimonio, se circunscriben a ámbitos muy específicos, como es el caso del régimen patrimonial o la obligación alimentaria, la misma 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 es 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, etc., 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.

Guillermo Cabanellas<sup>(11)</sup> distingue el mutuo disenso conyugal y el mutuo disenso de las obligaciones.

Así, respecto del mutuo disenso conyugal, expresa que es la “Conformidad de ambos cónyuges en cuanto a separarse, a romper el vínculo matrimonial, cuando tal potestad está reconocida por la ley civil como causa de divorcio.”<sup>(12)</sup>

---

(11) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo V, Páginas 500 y 501.

(12) Cabanellas señala, además, lo siguiente:

– **Carácter unitario del mutuo disenso.**

Castañeda<sup>(13)</sup> 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 norma de dejar sin efecto el contrato matrimonial supone un mutuo disenso **sui generis**, 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

---

“(…) La coincidencia en la discrepancia, la acorde voluntad de los esposos para hacer vida totalmente independiente, puede obedecer a un motivo legítimo para la separación, que el culpable acepte, aun cuando ello no evite el juicio, porque las causas concernientes al estado civil son de orden público. Pero, además, sin fundamento alguno, o reservando la motivación, ciertos textos positivos, como la ley esp. de 1932, ahora sin vigencia, han admitido que los cónyuges puedan divorciarse por mutuo disenso, sin tener que alegar ‘justa causa’, sino ese arrepentimiento matrimonial.

(…) No se incurre por ello, en absoluto, en la teoría, en algo audaz, de que el matrimonio no es más que un contrato; y, por tanto, disoluble por consentimiento de las partes, capaces de deshacer lo que han hecho; pero con olvido de la institución social y de los altos intereses que en la célula familiar integrada por el matrimonio se hallan contenidos. En efecto, no produce el mutuo disenso, sin más que formular la voluntad de separarse, la disolución del vínculo conyugal. Para impedir que obedezca a un arrebató momentáneo, a una ofuscación pasajera, el texto citado obligaba a persistir en el propósito, a través de presentaciones semestrales, ya confirmatorias de una incompatibilidad auténtica, de una indiferencia afectiva evidente.

(…) Se ha dicho también que el mutuo disenso constituye fórmula menos hipócrita, como causa de disolución matrimonial, que la de concederla por el prolongado abandono del hogar durante cierto lapso; subterfugio al cual pueden recurrir los casados cuando estén de acuerdo en separarse y la ley reconozca esta causa y no la del desistimiento recíproco.”

(13) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 382 y 383.

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 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 del Doctor Jorge Eugenio Castañeda, cuando considera que el mutuo disenso en Derecho de Familia tiene carácter **sui generis** 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 aquellos 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 radicaría 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 la disolución del mismo se efectúe con aprobación de otra autoridad estatal (en este caso, la judicial).

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 de la Lengua Española<sup>(14)</sup> considera a la expresión “disenso” como sinónima de “disenti-

---

(14) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo I, Página 505.

miento” o “mutuo disenso” 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 otro; opinar de modo distinto.”

La citada institución, al referirse a la expresión mutuo, señala la “Aplicase a lo que recíprocamente se hace a dos o tres personas, animales o cosas.”<sup>(15)</sup>.

Por su parte, Guillermo Cabanellas<sup>(16)</sup> 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

---

(15) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., Tomo II, Página 941.

(16) CABANELLAS, Guillermo. Op. cit., Tomo V, Página 500.

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 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.”<sup>(17)</sup>.

---

(17) 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 (sent. 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

– ***Ambito 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, etc., mediante los cuales también se pueden extinguir obligaciones extracontractuales), ya que su ámbito está limitado a extinguir obligaciones derivadas de los contratos.

En primer lugar, constituye requisito básico para un mutuo disenso, que previamente las partes hayan celebrado un contrato cuyas prestaciones aún no estén cumplidas, al menos en su totalidad<sup>(18)</sup>, pues no se puede extinguir ni lo que aún no existe ni lo que ya no existe. En igual sentido se expresa Castañeda<sup>(19)</sup>, 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 tanto, aplicable un dis-

---

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.”

(18) El requisito relativo a que las prestaciones no deben haberse ejecutado es común a todos los medios extintivos de obligaciones.

(19) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 380 y 381.

positivo 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 relación con el 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 el mismo no haya sido total.

Este contrato debe ser de prestaciones recíprocas, como ya hemos señalado, y encontrarse en estado de perfección, es decir, debe tener existencia y ser susceptible de producir efectos jurídicos.

Castañeda<sup>(20)</sup> 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 los autores franceses Planiol, Ripert y Esmein, la resiliación 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

---

(20) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 382.

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 resiliado (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 con 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<sup>(21)</sup>, 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, etc.), 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 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

---

(21) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Páginas 331 y 332.

consagración, en toda su 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 de 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 tenemos que 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 la revocación del mismo, 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 que la figura podría ser fácilmente encuadrada tanto en una como en otra institución.

Por regla general y como principio básico, un acto jurídico bilateral o un contrato no puede ser modificado, ni disuelto, ni creado por voluntad de una sola de las partes, salvo que lo hayan acordado en favor de una o de las dos partes o en los casos permitidos por la ley (contrato de arrendamiento de duración indeterminada, artículo 1703), comodato (artículo 1737), contrato de obra (artículo 1786), depósito (artículo 1830), entre otros.

Siendo el contrato el resultado de dos voluntades concordes, se requiere para su disolución, de ordinario, el consenso de las partes que lo celebraron.

El mutuo disenso, como sabemos, se sustenta en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y es el resultado del acuerdo basado en la recíproca conveniencia de las partes de la relación obligacional de no dar curso ulterior al contrato, es decir, de eliminarlo. Por ello es que el mutuo disenso es un contrato por el que se resuelve el contrato existente, cuya causal (el mutuo interés de las partes para dejarlo sin efecto) es sobreviniente a su celebración (artículo 1371).

En esta línea de pensamiento, Messineo considera al mutuo disenso como un caso de retractación bilateral del contrato realizado mediante un nuevo contrato de contenido igual aunque contrario al del contrato originario, celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse<sup>(22)</sup>.

El Código Civil Peruano de 1852, en su artículo 2272, definía la figura del mutuo disenso: “Se acaban las obligaciones, de la misma manera que se formaron, cuando la persona á favor de quien existen, y la que es responsable de ellas, convienen mutuamente en extinguirlas.— No tiene lugar este modo de terminar las obligaciones, si se atacan los derechos de un tercero”. Aquí no cabe la menor duda de que, si ha sido el consentimiento el que perfeccionó el contrato, es evidente que un consentimiento en contrario (o mutuo disenso) es el que puede disolverlo.

Por nuestra parte, destacamos que el mutuo disenso podrá ser calificado como una resolución convencional únicamente cuando nos encontremos dentro del ámbito de los contratos. Ello será así dentro del Derecho Peruano, por razones de evidente sistemática, en la medida en que la resolución es una figura que está contemplada únicamente para dejar sin efecto los contratos, mas no los otros actos jurídicos plurilaterales que no tengan carácter contractual. Dentro de tal orden de ideas, solamente se podría decir que el mutuo disenso es equivalente a la resolución en el ámbito contractual.

Empero, como hemos señalado, en el Derecho de Familia no podría recibir la denominación de resolución. En ese ámbito simplemente seguirá denominándose mutuo disenso o separación convencional, dentro de la nueva nomenclatura adoptada por el Código Procesal Civil, modificatorio, en esta materia, del Código Civil.

Además, al haber manifestado que el mutuo disenso, en materia contractual, sólo es aplicable a los contratos celebrados a tí-

---

(22) MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tomo II, Página 334.

tulo 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 alguna de ellas o una fracción de las mismas, 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 Angel Gustavo Cornejo, José León Barandiarán y Giorgio Giorgi, Castañeda<sup>(23)</sup> 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, etc. 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 translativa 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

---

(23) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Página 381.

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 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 el mismo 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 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 exigidos por 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<sup>(24)</sup>, en fin, el artículo 162, tercer párrafo, del Código Civil regula un supuesto específico de mutuo disenso, en cuanto estable-

---

(24) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO. BIGIO CHREM, Jack. Separata Especial sobre Mutuo Disenso y Obligaciones del Comprador publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el día miércoles 12 de diciembre de 1990, Página 7.

ce que el representante fingido y quien contrate con él pueden resolver el contrato antes de su ratificación por el interesado.

– **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<sup>(25)</sup> expresa, en criterio que no compartimos, que el mutuo disenso ni siquiera debe ser formal en el caso 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<sup>(26)</sup>, y de Raymundo Salvat<sup>(27)</sup>.

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 contrario al que dio nacimiento al contrato, constituirá siempre una excepción irresistible, opuesta que fuera a la demanda de cumplimiento de aquél?”

---

(25) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL. BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., Página 7.

(26) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo II, Página 334.

(27) SALVAT, Raymundo M. Op. cit., Tomo I, Página 256.

Castañeda<sup>(28)</sup> 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 resilia, ya que si con posterioridad al mutuo disenso quien aparece con derecho en el contrato resiliado otorgó cualquier derecho a un tercero, no podría oponérsele a éste el mutuo disenso si constare en instrumento privado.

Asimismo –dice Castañeda–, si habiéndose resiliado un contrato de compraventa de un inmueble que se inscribió en el Registro de la Propiedad, se omitió inscribir dicha resiliación 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 se operó después de que la venta hubiera sido resiliada, por lo que el comprador había dejado de ser propietario.

Agrega Castañeda que la resiliación 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 hubie-

---

(28) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 388 y 389.

ra sido inscrito en los Registros Públicos, será necesario que su extinción se inscriba ahí, principalmente a fin de que sea conocida por todos.

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 numeral 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 artículo 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.

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, esta se realiza a través de un proceso judicial, el mismo 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 llamada separación convencional en virtud de las modificaciones introducidas al Código Civil por el Código Procesal Civil en 1993.

– ***Carácter irretroactivo del mutuo disenso.***

En términos generales, podemos empezar señalando que, a diferencia del mutuo disenso en Derecho de Familia, cuyo carácter irretroactivo 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<sup>(29)</sup>, 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<sup>(30)</sup>.

---

(29) COMISION REVISORA DEL CODIGO CIVIL. BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., Páginas 7 y 8.

(30) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Volumen III, Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones, Páginas 10 y 11.

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.”

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”<sup>(31)</sup>.

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 los que el Código Civil expresamente consagra tal retroactividad.

Esta solución, a nuestro juicio, es correcta, porque, obediendo 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 hemos expresado, del derecho de terceros.

Por otra parte, como quiera que por el mutuo disenso se ex-

---

(31) MESSINEO, Francesco. Op. cit., Tomo II, Página 335.

tinguen las obligaciones creadas por las partes con anterioridad, es consecuencia lógica –en los contratos que no son de ejecución continuada o periódica– que éstas deben restituirse recíprocamente las prestaciones que ya se hubiesen cumplido.

Por ejemplo, cuando se trata 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 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.

– ***La ineficacia del mutuo disenso cuando perjudica el derecho de tercero.***

El artículo bajo comentario 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 mismos que no pueden verse afectados por decisiones privadas.

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, Luis Diez 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.”<sup>(32)</sup>

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 del Doctor José León Barandiarán<sup>(33)</sup>:

“El mutuo disenso se considerará como no producido en

---

(32) DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen II, Página 373. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979.

(33) LEON BARANDIARAN, José. Op. cit., Tomo II, Página 584.

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 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.”).

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. El 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 fue resuelta 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.

Esta constituye, como sabemos, la única limitación al ejercicio del libre albedrío. Los derechos adquiridos por terceros son las fronteras que no puede cruzar la autonomía de la voluntad. Empero, esto no quiere decir que en ningún caso el mutuo disenso pueda 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 mutuo disenso de éste (es decir, **medio tempore**), si ha habido tradición al tratarse de bienes muebles, etc.

– ***Excepciones al carácter bilateral del mutuo disenso.***

El profesor Castañeda<sup>(34)</sup> 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”.

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 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 el Doctor Jorge Eugenio Castañeda respecto a que la resolución unilateral de un contrato

---

(34) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op. cit., Tomo III, Páginas 383 a 385.

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 ejercitó su derecho, pero que no suceda lo mismo respecto a su contraparte (vale decir, que ésta no se encuentre conforme, satisfecha o de acuerdo con dicha resolución). Sin embargo, esa disconformidad será irrelevante pues, al ser 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 una de las partes y en ejercicio de un precepto legal.

– ***Diferencias y semejanzas entre el mutuo disenso y otras figuras.***

(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 puede ser consensual (si ambos contratantes están de acuerdo en la nulidad del acto), aunque la práctica enseña que generalmente es aducida por una de las partes, precisamente por aquella que ve afectados sus intereses con la existencia del acto nulo.

En segundo término, para que un acto sea declarado nulo, en la medida en que ambas partes convengan en ello, no requerirán acudir a los tribunales de justicia, pero si solamente una es la que alega la nulidad, necesariamente tendrá que pasar por un proceso judicial. 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) *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 aun 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 obedecer, incluso, al simple capricho de las partes.

### (3) *Mutuo disenso y rescisión.*

La rescisión es una figura contemplada por el Código Civil Peruano para el ámbito contractual. Concretamente, ella está regulada de manera general en los artículos 1370 y 1372 de dicho cuerpo legislativo. En cambio, el mutuo disenso no se circunscribe al ámbito contractual, sino al de la generalidad de actos jurídicos, siempre y cuando tengan – como hemos expresado oportunamente– carácter bilateral.

Luego, la ley peruana establece contados supuestos en los cuales puede rescindirse un contrato, siendo 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 <sup>(35)</sup>. 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.

#### (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

---

(35) **Artículo 1372.**- “La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.  
(...)”

vicios ocultos (artículos 1503 y siguientes), entre otros. El mutuo disenso, en cambio, no requiere la existencia de causal 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 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.

(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 con 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 (el mismo que puede contener diversas obligaciones pendientes de cumplimiento). Si se tratara de obligaciones que se dejan sin efecto, esto significa que las mismas se extinguen, pero no porque haya habido pago o ejecución, sino porque las partes acordaron que convenía a sus intereses no ejecutarlas.

(6) *Mutuo disenso y novación.*

Guillermo Ospina<sup>(36)</sup> 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.

(7) *Mutuo disenso y transacción.*

Ospina Fernández<sup>(37)</sup> 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 hemos explicado en su oportunidad, la transacción, además de ser un medio extintivo de obligaciones, en el que las partes se hacen concesiones recíprocas, puede convertirse en un medio creativo, regulador o modificadorio de las mismas, 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 obli-

---

(36) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 333.

(37) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit., Página 333.

gación 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.

(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.

– ***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, posteriormente a su celebración, concertaran otro mutuo disenso, dejando sin efecto el primero.

Este segundo mutuo disenso, por 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, ¿porqué podrían estar impedidas de ejercitar su autonomía para extinguir un mutuo disenso? No hay norma que lo prohíba, ni expresa ni tácitamente, puesto que nuestro sistema consagra precisamente 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 obligacional 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 aun, 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 misma 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.

#### **- *Jurisprudencia peruana del artículo 1313.***

El mutuo disenso registra, entre otras, la siguiente Ejecutoria Suprema: “La rescisión de un contrato de compraventa por mutuo acuerdo de los contratantes, no perjudica a un tercero que adquirió los derechos del primer comprador.” Revista de Jurisprudencia Peruana, 1978, Página 396. (Artículo 1317 del Código Civil de 1936).

#### **- *Concordancias nacionales***

Separación convencional, artículo 333, inciso 11, del Código Civil / Revocación del consentimiento en caso de separación convencional, artículo 344 del Código Civil / Fijación del régimen de ejercicio de patria potestad y alimentos, en caso de separación convencional, artículo 345 del Código Civil / Plazo para poder solicitar el divorcio, desde que se declara la separación convencional, artículo 354 del Código Civil.



La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XVI, Tratado de las Obligaciones, Tercera Parte, Tomo IX*, se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 1999, en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A., (Reg. Ind. 16521) General Varela 1577, Lima 5, Perú.







## PRÓXIMAS PUBLICACIONES

EZEQUIEL ANDER EGG

*La práctica de la animación socio-cultural.*

MARTÍN BENAVIDES

*Una pelota de trapo, un corazón blanquiazul.*

ROCÍO CARAVEDO

*Norma Culta del Habla de Lima.*

ANDRÉ COYNÉ

*Medio siglo con Vallejo.*

LIUDMILA CHANINSKAIA-

ELIZABETH DOIG

*Elementos de análisis numérico.*

ENRIQUE FERNÁNDEZ, S.J.

*Perú Cristiano.*

FRANKLIN PEASE

*Del Tahuantinsuyu a la historia del Perú.*

CARMEN MARÍA PINILLA (EDITORA)

*Arguedas en familia.*

MARIO POLIA

*La cosmovisión religiosa andina.*

DIÓGENES ROSALES-OSCAR TRELLES

*Introducción a la lógica.*

ANGEL SAN BARTOLOMÉ

*Análisis de Edificios.*

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18 s/n.

San Miguel

Apartado 1761 Lima - Perú

Tel: 460-2870, 460-2291, anexos 220, 356.

Telefax 460-0872.

E-mail: feditor@pucp.edu.pe



FELIPE OSTERLING PARODI  
MARIO CASTILLO FREYRE

**TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**  
**TERCERA PARTE - TOMO IX**

Biblioteca  
Para leer el  
Código Civil  
VOL. XVI